ILLUSTRIUM ET SOLEMNIUM OBSERUATIONUM, SUMMI STATUUM...

Giovanni Battista Coccini

ILLVSTRIVM ET *Solemnium* OBSERVATIONVM, SVMMI STATVVM IMPERII CONSISTORII, SIVE CAMERÆ IMPERIALIS, Apospasma Prodromon,

AVCTORE
IOANNE THILMANNO DE BENIGNIS,
IVRISCONSVLTO GERMANIÆ CELEBERrimo, insigniq; Practico.

CVM MODO ET ADVMBRATIONE caussas in Camera referendi, votandi, & decidendi, vmbratili illo quidem & ficto, ac in tria Syntagmata distributo: Practicis tamen vtili, & hactenus multum expetito:

Plura continens in recessu, quam frons forte promittat.

CVM SVMMARIIS, EPITOMIS, ATQVE INDICE RERVM & verborum accurate, non vulgi more, confectis.

Imitatio sacra esto omnibus.



VRSELLIS
Apud Cornelium Sutorium, sumtibus Auctoris & Hartmanni Palthenij

M. DCI.

ILLVSTRI, NOBILISSIMO AMPLISSIMO ET INTEGERRIMO SENATVS CAMERÆ,

quam vocant, imperialis, IVDICI siue præsidi, totiq; eius Ordini:

IOANNES THILEMANNVS DE BEnignis *S. P.*

ABSTRVSAS, & abditas, (Illustris Senatus Princeps, nobilissimæ & integerrime Ordo,) rerum naturalium causas qui inquirunt, perennes fluminum ortus, fontiumq; limpidorum scaturigines vasto Oceano referunt inq; eundem Ocanum aquas refluere, & naturali velut impetu remeare maxumopere mirantur. Senatus Cameræ Imperialis præside suo, cuius auctoritate pax et salus totius Germaniæ, dominiorũq; pacifica possessio continetur, amplitudinem Oceani faciemq; vastimaris maiestate sua & refert & repræsentat. Senatus inuictam Imperij Romani, fortunam tumultuantium æstu, iactari iam cæptam banni atrocitate sistit, nutantem cõfirmat, atq; Oceani instat, qui tortius orbis v inculum est, commotos Fluctus finibus suis compescit. Senatus inquietos quietarum possessionum turbatores freno quasi domat, & vt suis finibus contenti vitam degant metu quasi quodam efficit. Senatum hunc suspiciunt & reuerentur omnes, tam exteri & peregrini quam incolæ Imperij. Senatus huius maxima dignitas, auctoritas, potestas, & amplitudo, quippe quæ & Principes & Comites cum subditis eorum concernat, & liget. Senatusconsulta autem, quibus scientiæ ciuilis præcepta constant, quem alium auctorem laudare, aut ad quem, nisi ad eos, Illustris præses, Nobilissime & integerrime

Ordo,

Ordo, à quo suam trahũt scaturiginem, referri conueniẽs videtur? Est quippe rerum omnium quidam velut orbis, vt cuncta, vnde deriuantur, huc peruices reuerti natura desideret, & ordo & ratio. Vos vero, Clarissima Senatus lumina, quorum & facundo ore sacro sancta Curiæ decreta prodeunt, & clarissima dirimendis controuersijs oracula, molem Imperij Romani eximia constantis animi magnitudine, sustinetis, vos fulgentem ornatissimi cœtus vestri dignitatem virtute vestra, candore & integritate vestro, vestris deniq; & ingentibus erga Romanorum Imperatorem, Remq; publicam totius Imperij, meritis augetis & exornatis. Nam siue vos Senatusconsulta solemni in purpura pronuntiantes audio, seu nodos caussarum & cõtrouersiarum captiones, litiumq; argutias subtiliter inquirentes admiror, seu negotia publica magno & assiduo molimine tractantes intueor, nihil est aut in hoc Reipublicæ vultu forensi arduum, aut in rerum administratione, anceps & negotiosum, cuius non prima laus vobis omni doctrina cumulatissimis, debeatur. Hoc rogati omnes, hoc forenses homines, hoc vniuersi Germaniæ, siue Imperij, Status, quibus exculta vestræ experientiæ, accurati vsus, & singularis sapientiæ riuulos largiter infunditis, agnoscunt & fatentur. Itaq; ingratus ego fuerim, si hoc Senatusconsultorum, obseruationum & Decisionum Syntagma alterius nomini aut numini offerem & dicarem, vt quæ vos, potissimum iactent autores, vos parentes agnoscant vobisq; ius parentelæ & tutelæ vnice deferant. Vobis reddantur quæ á vobis profecta, vobis restituantur quæ à vobis mutuo sumta, vobis vobis gratis offerantur, quæ gratis oblata. Velut enim aquæ vasto & magno illo mari emissæ Oceanum repetunt, ita & Senatusconsulta & Curiæ Cameralis decreta, quæ vos, clarissima Senatus lumina, auctoritate publica sancitis, Tu illustris Præses, Senatus decus & ornamentum solemniter pronuntias, in vos spontaneo industriæ meæ voto refluũt. Lubens optaui, vt quemadmodum crassa olim & falsuginosa Oceani aqua per longos terræ meatus perlata limpidior fit & dulcescit: sic & ipsa senatusconsultorum tractatio, maiestate sua, quam venustate commendabilior, ornari studio & industria mea posset. Tentaui fateor, aliquid fursan assecutus. Sed quanta est vestra in eloquendo suauitas, in decernendo grauitas, in pronuntiando facundia, quis adeo scientia & omni facultate dicendi perfectus, vt præstantem Senatus judiciorum dignitatem, & diuina Cameræ oracula, satis ingenio

nio aſſequi, aut digne ſcriptis referre poßit, nedũ ſplendorẽ & decus adijcere præſumat. Imprudens, qui rei ornatißimæ addere ſperat ornatũ, qui poſt Roſcium agit, qui Appellæa veneris tabulæ pulcrius quoddam & elegantius penecillo ſtudet imitari. Tantũ ergo abeſt, vt dum Deciſas & iam iam iudicatas res ſcriptis conſigno, ornatũ, gratiam, ſplendorẽve illis attuliſſe me profitear. Id potius pertimeſcam, ne cultura & labore meo acerbiora videãtur & minus polita, quæ vos grauiter, diſerte & innata quadã dicẽdi maieſtate pronũtiatis. Quin & litiũ praxis, ipſaq; forenßis cauſſarũ tractatio rudis eſt, aſpera, ſcabroſa, ac prope aliena à Muſis humanioribus. Quotusquiſq; in tãta rerũ forenſiũ occupatione, relicta meſſe aurea, literarum monumẽtis & æternæ Senatus cõmẽdationi ſtudet? Itaq; ſeu laborioſam ferenſis operæ aßiduitatẽ excuſare placet, ſeu ipſa Senatuſcõſultarum præſtãs & inſignis auctoritas ornatum omnẽ & elegãtiã ſuperat, hoc qualecunq; munus, excultum an incultũ, beneuolo vultu excipitote. Nõ curãt numina ſolemnẽ faſtum aut exquiſita rerum ad oſtẽtationẽ prætia, nec ſolẽt ſalutantium voces ex verborũ pompa & orationis delectu æſtimare. Fictilibus interdum gaudent, nudaq; ac ſimplici venerãtium pietate delectãtur. At vos, Senatus Cameræ imperialis numina, vos lumina, vos decus & ornamentũ, ſi animũ meum bene merentium vota reſpicitis, laudate conatum hominis, qui iſto ſucciſiui temporis labore voluit aliquid ſuæ in vos obſeruãtiæ perpetuiq; officij monumẽtum æternæ nominis veſtri memoriæ letare, dicare, ſacrare. Laudate inquã, iuuate, inſtigate, & ad maiora edenda incitate. Veſtra enim res agitur, veſter honos quæritur, veſtraq; hinc dignitas et maieſtas exſurgit. Nil hic quod quenquam lædere, nil quod quenquã iniuria afficere poßit. Partes in mediũ ꝓduxi ꝑſonatas omnes: nouiſq; veſtimentis amicivi. Plus mille florenos in pãni coemtionẽ inſumſi: vt ornate, laruate tamẽ in cederent omnes feci ſedulo. Laruatis ne quis agnoſceret tamẽ, noua impoſui nomina. Grata tamẽ ea õnia. nec enim vllum, ſcit Deus, quod deliberato aut iniurioſe à me impoſitum momi dicier interpretari conari poßint. Scit inquam Deus, ſcit noſtra cõſciẽtia. Quem in rei teſtẽ inuoco. Vos inquã Senatus lumina & numina, accipite hoc meũ ſtudium vultu ſereno: acceptũ legite, lectũ iudicate, iudicatũ alijs cõmendate. Suſcipite inquã candidißimo, quo in omnes de Republica bene mereri ſtudentes propenſi eſtis affectu, Senatores Grauißimi, doctißimi & æquißimi, munus hoc vobis, Ordiniq; veſtro auguſtißimo debitũ, & dicatum. Deus vos ſeruet & proſperet omnes. Dabam Ilmenſtadij Calend. Septemb. Anno, 1600.

):(4 SERIES

SERIES

OMNIVM OBSERVATIONVM PRACTICARVM, DECISIONVM, RELATIONVM,

Votorum Cameræ Imperialis in hoc Voluminatorum contentorum.

Apoſpaſmatis Prodromi Contenta.

XXIV.

SERIES

OMNIUM OBSERVATIONUM PRACTICARUM, DECISIONUM, RELATIONUM, Votorum Cameræ Imperialis in hoc Voluminatorum contentorum.

Apospasmatis Prodromi Contenta.

XXIV.

Syntagmatis primi Contenta.

DECAS I.

DECAS. II.

VII. In

DECAS III.

DECAS. IV.

DECAS V.

X. In

Syntagmatis secundi Contenta.

DECAS I.

DECAS II.

DECAS. III.

DECAS IV.

Synta-

Sintagmatis tertij Contenta,

DECAS. I.

DECAS II.

DECAS III.

Haec omnia sequitur Index Rerum & Verborum locupletissimus.

EPI-

EPIGRAMMA

IN SYNTAGMA TRIPLEX DECISIONVM ET VOTORVM Cameræ Imperialis.

CHRISTOPHORI BALLINGERS J C. Clarißimi.

Ad Ioannem Thilemannum de Benignis.

QVem loquar, aut referam JANVM? genitum ve Minerva
Arbitrer, aut natum ſtemmate Dædaleo.
Non Muſis genitus, non à mortalibus ortus.
Sed Muſas peperit Marte ſuo Aonias.
Carmina Latous pangit, Themis aurea ſola
Jura agitat, Phœbus monſtrat adire polum.
THILMANNVS noſter legum clarißimus vna
Pangit, agit, monſtrat, carmina, iura, polum.
Recte igitur præſtat Diuis, quoniam tria præſtat,
Quæ tres prædicti non valuere Dij.

DECI-

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM CAMERÆ IMPERIALIS

SYNTAGMATIS I. DECAS I.

Ad Lectorem Typographus.

OPTIME Lector, ne irascaris, circumstantias personarum & locorum in hoc Decisionum, & Votorum Syntagmate, ex proposito à nobis immutatas esse, substitutis in locum earum, quæ veræ erant, pictis & fictis quibusdam nominibus. Id quod fecimus tam ex parte actorum, quàm reorum, tam ex parte referentium, quàm correferentium, & eius, cuius est ferre sententiam, iudicis. Hypothesis in eo sane nulla ficta, nulla fucata: doctrina & praxis in eo satis locuples. Caussæ plurimæ decisæ, nonnullæ transactione sopitæ, multæ adhuc nuper pendentes. Iccirco verebamur si appositis nominibus proprijs in lucem hunc librum protruderemus, ne nobis cum molestia & labore, quem in colligendo, transcribendo, epochis, argumentisque exornando adhibemus, magnam pareremus inuidiam. Quamuis alias eam sectemur: quippe, quæ, teste Socrate, comes indiuiduus solicitatis & fortunij soleat esse. Vale Lector Optime, & nostrum studium approbare perge. Eo enim ipso ad majora nos aliquando incitabis.

DEC. I. VOTVM I.

In caussa Classen von Diedenberg Appellanten/

Contra

Herrn Clement/ jetz Hern Alexander Bischoffen zu Heiligberg.

Argumentum

De Reuocatione feudi alienati ab agnatis.

SVMMARIA.

1 *QVæ actio ad feudi alienati reuocationem cõpetat.*

2 *Taciturnitas omne nullitatis vitium, omneq; dolum præsumtum abolet & sopit.*

3 *Alienatio de re minoris, sine caussa cognitione & solemnitatibus juris non seruatis, titulo oneroso facta, ex quouis capite nullitatis per ratibabitionem tacitam, nisi dolus verus interuenerit, confirmatur.*

4 *Lapsus temporis in silentio, ratihabitionem non operatur, nisi quoad effectum solemnitatis, non quoad iustitiam caussa.*

5 *Lex 3. §. 1. de minoribus, vt procedat, qua requirantur. & nu. 8.*

6 *Alienatio cursu vicennij confirmata reuocari nequit.*

7 *Donationes quanto temporis lapsu confirmentur.*

9 *Clerici minoribus insigniti in Episcopatu H. sunt incapaces feudorum, & feudis, si qua habent, priuantur.*

10 *Contrarium habetur nu. seq. & ita judicatum & consultum Iulius Clarus ait.*

11 *Nobiles Achaiæ feuda sua, quæ ab Episcopo H. recognoscunt, in quemuis etiam extraneum, cum solo domini consensu alienare possunt.*

12 *Quod ampliatur de jure communi, etiam inuitis dominis.*

13 *Limitatur tamen, vt agnatis non consentientibus ius suum reuocandi saluum sit.*

14 *Licentia alienandi vasallo per dominum data intelligitur cum consensu agnatorum, ne illis præjudicium inferatur.*

15 *Alienatio feudorum, ex forma statuti permissa, agnatis non nocet.*

16 *Consuetudo, quod feuda insciis agnatis, & ipsis inuitis alienentur, valet irreuocabiliter in ipsorum præiudicium.*

17 *Et est ea consuetudo negatiua ad tolerandam affirmatiuam.*

18 *Actus priuatiui, & in omittendo consistentes, voluntatem vel consensum minime inferunt.*

19 *Actuum & iurium incorporalium negatiuorũ natura quæ sit.*

20 *Actus meræ facultatis qualitercunq; intermissi non inducunt consuetudinem liberæ potestatis restrictiuam.*

21 *Actio Legis Aquiliæ non intentata alicubi intra 100 annos, non propterea exspirat.*

22 *Consuetudo ex actibus voluntarijs non inducitur, nisi contradictio iudicialis aut extraiudicialis interuenisset, aut aliud quoddam factum contrarium.*

23 *Iuri semel quæsito per non vsum derogatum esse non est præsumendum, sed potius ex gratia vel ciuilitate, quid factum intermissum ve.*

24 *Hospitatus amicum per longissimum tempus, tenetur eum hospitare in futurum. Declaratur à Crauetta vt ibi nu. 25.*

25 *Agnati de iure communi feudorum, etiamsi ad denunciationem & oblationem vendendi feudi taceant, nec emant, nihilominus saluum retinent ius reuocandi suo tempore venditionem: secus si pacta intercedant familiarum, quibus adeo constringuntur, vt ad feuda alienata omnis regressus ipsis sit interclusus.*

26 *Consuetudo errore vel opinione introducta, nulla est, etiamsi per consensum in obseruatione secutum postea conualescat.*

27 *Consuetudo allegata probanti nihil proficit in genere probata, nisi sit probata specialiter in eo casu, de quo agitur.*

28 *Actor heres fratris alienatoris contra ipsius factum venire non potest.*

29 *Agnatus feudum paternum, siue ex pacto & prouidentia, siue consensu ipsius per defunctum alienatum, si ipsius alienatoris heres, siue inuentarij beneficio exsistat, reuocare non potest.*

30 *Contrarium de jure Saxonico.*

31 *Heres factum defuncti validum & nullum seruare non tenetur, sed contra venire illi potest. & nu. 54.*

32 *Culpa potius, quam dolus præsumi debet.*

33 *Assignatio ætatis filiorum à patre facta & iudicialiter exhibita, valet, & est tutissima.*

34 *Decreti interpositio, præuiam causæ cognitionem, & hac diligentem discussionem bonorum pupilli, æris alieni necessitatem & curatorum auctoritatem hic præsupponit.*

35 *Persuasiones absq; dolo non sunt.*

36 Per-

IN NOMINE Domini. Amen.

D. Referens.

QVoad formalia intellexerunt domini ex relatione eadem esse iusta: Procuratoria sufficientia; & processum legitimum.

De Actione.

VIDETVR intentata actio ex condictione ex moribus, seu lege non scripta feudali, quae agnato ad feudi alienati reuocationem † competit, quae actio tamen hic non merè personalis est, cum nullus contractus, vel quasi, inter emptorem vel possessorem Reum & agnatum reuocantem intercesserit: personalis tamen, quia ex lege vel consuetudine condictio oritur. *l. 1. & ibi notata. ff. de condict. ex lege.* & in rem scripta est, quia rem & tertium possessorem, singularemq; successorem emptoris sequitur, *vt per Caepoll. consil. ciuili 43. nu. 5. & cons. 65. nu. 3. Tiraq. latè de vtroq; retractu. part. 1. §. 8. glos. 5. nu. 6. & 8.* Quamuis & aliâs vtilis rei vindicatio, & actio in factum reuocatoria, ad huiusmodi feudi alienati reuocationem dentur, *vt per Aluarot. in c. vnico. §. hoc quoq; nu. 6 tit. De success. feudi. Paryden. de Puteo in tract. de Redintegrat. feudi. cap. 72. nu. 17. post Andr. de Isernia in Constitut. imp. constitutionem Diua memoria super verb. Reuocari. in Constitut. Regni Siciliae.* Quamuis autem potuisset actor etiam super illa alienatione, vtpote à personis non legitimis, & sine debitis solennitatibus, nulliter facta, narrando factũ nullum & iniquum, minus ritè recteq; factum, exprimendo causas nullitatis & iniquitatis, simul vel diuisim petere declarari, contractum assertum esse nullum, & se actorem non teneri, ad illius obseruantiam, ac condemnari illum, qui contraxit, vel aliâs acquisiuit nulliter, bona illa ad restituendum, & possessionem illorum sibi relaxandam, itâ solum nullitatem proponere, & super ea iudicis officium implorare. *Secundum ea quae post Castrensem cons. 105. incipit. Si non interuenisset Iuramentum, col. fin. vers. super secundo. nu. 2. vol. 2. Pulchrè tradit Ioan. Baptista Plotus in l. si quando. §. 5. num. 8. vers. vnum perpetuè notabis. C. vnde vi Caesar Cont. in ampliationibus vol 9. nu. 39. Ad l. vnicam. C. si de momentanea possess. fuerit appellat. & Caualcanus in tr. de tutor. & curat. nu. 150.* Tamen cum negari non possit, alienationem illam vtcunq; initio inualidam ac nullam, per longi temporis praeteritionem, & tacitam inde sequutam alienatoris approbationem, robur aliquod consequutam, & sic nullitatem illam, si non in totum, ex parte tamen sanatam, & lege defectum solennitatis supplente. *Paris. cons. 49. nu. 25. lib. 1.* Sublatam esse *per l. vlt. C. si maior factus alienationem sine decreto factam, ratam habuerit & c. lib. 5.* fortè nullitatem reliquam cum reuocatione persequi, quã soli nullitati inniti vel incumbere actor maluit, prout ex articulis libelli appellatorij videre licet. Nam cum ex ipsiusmet actoris in articulo 27. libelli appellationis confessione constet, alienatorem Zachariam initio huius litis. Anno 47. adhuc superstitem fuisse, & usq; ad annum 51. in vita mansisse, nec ab anno factae huius venditionis 29. per totos annos 20. & vltra, alienationi illi nulliter celebratae quicquam contradixisse, sicq; post perfectam aetatem, minorem, non modo per quinquennium, sed circiter annos quindecim, & amplius querelam vllam, vel iudicialem, vel extraiudicialẽ (qua

 etiam

etiam coram vicinis testato facta impedire ratificationem illam tacitam potuisset. *per glos. verbi conquestus in d. l. vlt. post Bald. & Salicet. ibi communiter ab omnibus approbatam. Natta cons. 295. nu. 3.)* mouisse nullibi apparet, per huiusmodi illius taciturnitatem, quodcunque † nullitatis vitium, omnemq; dolum præsumptum, quantum ad ipsam alienationem pertineat, sopitum & purgatum esse, non immeritò videri potest, *per d. l. f.* quam sic non tantummodo in nullitate, ex solo decreto non interposito descendente, *secundum glos. in verb. Minore. vers. porro vbi vendidit. Iacob. de Arena. Cyn. & Salyc. ibi Corne. cons. 207. lib. 3. Gabriel. conclus. De minorib. 4. nu. 5. Angel. de Gambig. cons. 92. num. 42.* Sed generaliter, quod alienatio † de re minoris, sine causæ cognitione & solennitatibus iuris non seruatis, titulo oneroso facta, ex quouis capite nullitatis, per ratihabitionem tacitam, id est, quinquennij lapsum, nisi in contractu dolus verus & non præsumptus interuenisset, confirmatur, plerique alij omnes DD. post gloss. *in l. 3. §. 1. verb. comprobauerit. De minorib.* intelligunt, vt præter ea, quæ in illius legis elucidationem latissimè congessit Menochius *de recuper. poss. Remed. 15. quæst. 15. per totum. a nu. 106. vsq; ad num. 193.* Manifestum est ex illis, quæ scribit Caualcanus *in alleg. tr. de tutor. & curat. num. 146. August. Bero. quæst. 43. num. 5. Osascus Cacheran. Decis. 58. num. 12. & decis. 177. num. 13. Corneus sibi contrarius cons. 36. nu. 22. lib. 2. Rayn. cons. 41. ad fin. tit. 1. Pancirolus cons. 44. nu. 13.* Præterea quanquam omnes ratificationem illam tacitam, de nullitatibus ex defectu solennitatis descendentibus intelligant, sic quod nullitas ac vigor iuris tantum quoad maiorē cautelam minoris decretū iudicis, atq; eius solennitatem pertinentia requiratur per hanc Iustiniani constitutionem, in naturali æquitate fundatam, sublatus sit, non etiā cætera, quæ iustitiā ipsam & bonā fidē concernant, *vt per Menoch. d. remed. 15. nu. 190.* Sic quod † lapsus temporis, cum silentio ratihabitionem non operetur, nisi quoad effectum solennitatis, non autem quo ad iustitiā causæ, *prout sensit Bald. cons. 45. lib. 2. quē referūt & sequūtur Natta cons. 162. nu. 32. & cōs. 295. nu. 1. Menoch. cons. 29. nu. 49. libr. 1. & Roll. à valle. cons. 72. num. 16. & 17. lib. 4.* atq; expresse Cynus *in d. l. vlt. post Iacob. de Arena*, decidit, quod ad hoc, quod † lex illa procedat, requiratur, quod minor habeat veram & legitimam alienandi causam, ità quod non nisi interpositio decreti deficiat; aliâs si causam legitimam alienandi minor non haberet, principium illius legis non procedere. Atq; perinde cum in facti nostri specie, non modo de aliqua legitima & vera alienandi causa non appareat, sed causam alienationis omninò nullam subfuisse, per cautionem super 1000. florenis, quibus bona illa alienata diuendita sint, ab emptore datam, apertè conuincatur, tum ex eo ipso, quod nulla causa alienandi subfuerit, quod item non solum decretum, sed omnia substantialia, in alienatione bonorum minorum, à iure requisita, omissa fuerint, Quod curatores hanc alienationem in rem & vtilitatem propriam adulto persuaserint, & in occulto, remotis arbitris illam celebrauerint, & ex alijs circumstantijs, circa hanc alienationem concurrentibus, quæ ex testium depositionibus deprehenduntur, Non tantum præsumptus, sed verus propemodum dolus concludi posse videatur, *per ea quæ tradit Roman. cons. 54. col. 2. & 3. & ea quæ ibidem notat Horatius Mandos. in addit.* atq; inde inferri, quod ob dolum & defectum, naturalem iustitiam concernentem, nullitas ad totius contractus euersionem, adhuc intentari potuerit: tamen cum hic non tantum quinquennium, sed vicennium *(vt sup. d. est.)* à tempore alienationis præterierit, quo toto super alienatione illa, nihil conquestus est alienator. Ideò † alienatio illa, quoad ipsum, adeò confirmata esse videtur, vt temerè reuocari non possit. *Argumento c. cum contingat. De transact. c. audita. De restitut. spol. Crauetta cons. 151. num. 30. & benè facit text. d. l. fin. in 2. ipsius parte.* Vbi in donatione † à minore ꝓpter benè merita facta, sufficit cursus quinquennij. Postquam is minor factus est maior, reliquæ verò donationes lapsu decennij vel vicennij, sine querela quoad titulum & donationem confirmantur, *vt per Bald. vbi Socin. Iunior cons. 102. nu. 19. lib. 2. & Cœphal. cons. 51. nu. 17. lib. 1.* Præsertim cum ratificans illis, quæ tam diu rata habuerit (per 20. scilicet annos) ipsemet præsens interfuerit, & dolum illum non ignorauerit, sic vt ratione doli contractus rescindatur, peti nō possit, *per gloss. in l. 1. & ibi DD. communiter C. si maior factus ratum habuerit. lib. 2. per quam Parys. cons. 49. supra allegato. num. 44.* Quando maior factus ratificaret contractum in minore ætate dolosè gestum, & tempore ratihabitionis haberet scientiam ac notitiam doli præteriti, qui tempore contractus celebrati interuenerit, quod videatur per ratificationem conualidare contractum, antea nulliter gestū, & remittere dolū nedum præsumptū, sed etiam verū præteritum, *latè per Cœphal. d. cons. 51. nu. 33. & 34. lib. 1. & cons. 315. nu. 21. & aliquot seqq. lib. 3.* Tametsi videatur ibi loqui in expressa confirmatione. Quare concludendum videtur, quod Zachariam alienatorem, maximè per tam longi, imò longissimi temporis præteritionem, de nullitate actionem omnem extinctam & sublatam, & contractum seu venditionem illam omninò confirmatam esse, esse, atque sic quoad ipsum Zachariam, nullitatem intentare non

re non potuisse. &c. Quod verò ad alterum fratrem actoris Hartmannum pertinet, quãdoquidem d. l. fin. in minore præsente, sciente, intelligente, & † non ignorante loquitur, *vt per gloss. & Salyc. ibi Natta. cons. 162. num. 30. & Rol. a Valle. cons. 72. nu. 18. & 20. lib. 4.* Atque illum alienationi huic tempore contractus interfuisse, nullibi probatum est, imò ipsum tum temporis Lindenfelsi cum Nicolao fratre scholam visitasse, ex Quintiliani *de Diedenburg* depositione, in actis *Diedenburg* contra *Schiffenauvv* videre licet. Et quoniam ipsum minorennem tempore contractus fuisse, ex testium depositionibus satis liquet, non tamen constat, quod in humanis existens, ad maioris ætatis annos peruenerit, & licet feudum alienatum vna cum fratre Zacharia domino directo per literas duorum illorum fratrum nomine emissas Anno &c. 31. refutasse allegetur, inde tamen non sequatur, vel inferri possit, quod & post minorem ætatem alienationem illam ratam habuerit, eo præsertim præsupposito, quod de omnibus qualitatibus & circumstantijs, contractus illius dolosi, prout de Iure hoc fieri oportuit, antea fuerit certificatus, præsumi non posset, *argumento. l. cum de indebito. ff. de probat.* Sed propterea probandum erat (de quo tamen hîc nihil per partẽ aduersam deductum, multò minùs probatum est,) vnde puto alienationem hanc, quo ad Hartmãni partem, eodem nullitatis vitio, cum illa parte, quæ ad actorem pertinet, laborare, Et quia eius partis dimidia, per mortem Hartmanni ad actorem successionis Iure, deuoluta est. Concludo, Actorem non minùs quàm ipsummet Hartmannum, si vixisset, potuisse, etiamsi alienationi illi interfuisset, & consensisset, *vt per Bart. in l. post mortem. ff. de adopt.* pro illa parte, pariter atque pro sua, cuius alienationi intra legitimum tempus contradictum ab aduersario non negatur, nullitatem intentare.

An Probata?

INtentionem Actoris tàm in iure, quàm in facto probatam arbitror, siue nullitatem, siue ex lib. Feudali reuocationem spectemus. Nam bona feudalia alienata, ad actorẽ & fratres ipsius, à communi parente iure successionis deuolutum, ideoque dominium vtile ad ipsos spectasse, cum ex productis inuestiturarũ literis, tum domini Rei ad libelli appellatorij articulos Responsionibus satis manifestum est, nec minus, quod consensus actoris in alienatione illa non interuenerit, & ex eo ipso satis constat, quod contrarium non sit probatũ: Quare contradicere & reclamare huic alienationi nulliter factæ, tum viuente adhuc alienatore fratre, tum ipso defuncto, reuocatoriam intentare rectè potuit, §. *Titius filios, si de feudo fuerit controuersia inter dominium & agnatos vasalli*, præsertim cum maior factus alienationem illam non ratificauerit, sed restitutionem bonorum semper sollicitarit atq; vrserit, prout ex Bartholomæi *de Gudensperg* ad articulum 6. libelli primæ Instantiæ, tum ex testium ab actore productorum in secunda instantia depositionibus, qui ipsemet actoris nomine restitutionem illam quæsiuerit, abunde patet.

An Elisa?

QVia Reus conuentus ad elidendam actoris intentionem de tribus opposuit: De singulis videndum est.

Et de primo quidem non multum curandum arbitror, quod scilicet Clerici saltẽ † minoribus insigniti in Episcopatu Heiligbergẽsi feudorum incapaces sint, & feudis, si quæ habeant priuentur, cum illud Elisionis fundamentum proprijs Rei appellati testibus sit euersum, qui contraria obseruantia, allegatis eam in rem in specie exemplis, deposuerunt, quæ cum iure communi cõuenit, concordatque, quo Clericum † in minoribus ordinibus constitutum in feudo succedere, nec propterea feudo priuari, in practica cum iudicando, tum tum consulendo communiter teneri, attestatur Iulius Clarus in *§. feudũ. quest. 78. vers. & hæc omnia &c.* & Panzirolus *cons. 111. nu. 14.* ex communi consuetudine Clericos ad feuda & iurisdictiones admitti &c. Accedit, quod ipsemet Reus ab hac sua defensione in scriptis probatorijs omnino discesserit.

Quod ad obiectã generalẽ Achaiæ (regionis) cõsuetudinẽ pertinet, quod nobiles † suã feuda, præsertim, quæ ab Episcopo Heiligburgensi recognoscunt, in quemuis etiam extraneum, cum solo domini cõsensu alienare possint, videtur quidem, quasi Reus nihil aliud in articulis suis defensionalibus, quã alias de iure communi feudorum licet ac prouisum est, articulasset, cum eo iure, cum solo † domini directi consensu, etiam agnatis inuitis, alienatiõ feudorum per vasallum fieri possit, *per text. in c. vnico, vers. si verò cum domini voluntate. De alien. feudi.* Adeò quod alienatio taliter facta, licitè & legitimè facta dicatur, *secundũ Alverot. in sup. d. c. Titius filios. col. 1. t. si de feudo defuncti fuerit controuersia.* Ideo valida sit ipso iure, *Iulius Clarus de feud. quæst. 42. vers. est etiam pro intelligentia. &c.* Sic † tamen vt agnatis non consentientibus ius suum reuocandi saluum sit. *c. 1. in pr. De alien. feud. patern. vt pulchrè per Sonsbeccium de feud. part. 13. num. 16.* Vnde & illud est, quod † licentia alienandi vasallo per dominum data intelligitur cum consensu agnatorum, ne illis præiudicium inferatur, *vt per Bald. in c. §. hoc quoq; in 6. Conclus. tit. de success. feud. Alex. cons. 106. nu. 9. lib. 4.* Pariter † etiam alie-

alienatio feudorum, ex forma statuti permissa, agnatis non nocet, quia tacitè id actum videtur, quod agnati redimere possint, quasi cum statutum stet in nudis finibus permissionis, & nihil amplius in præiudicium agnatorum disponat, super iure redimendi, ità vt ipsis tacitè reseruatum sit, ex quo ademptum non reperitur, *secundum eundem Bald. post gloss 8. Iacob de Beluiso in c. 1. §. porro. num. 5. t. qualiter olim feudum poterat alien.* Quare & eadem de articulata hic consuetudine interpretatio facienda videbatur, nisi ea inutilis domino articulanti foret. *l. si quis intentione. ff. de iudicijs*, & ipsemet consuetudinem illam, de alienatione per agnatos irreuocabili explicasset in actis, super ea quæ testes deposuissent, atq; quidem de tali consuetudine, non tam, an de iure introduci possit, ac subsistat, quam super facto ipso, & modo quo inducatur, & an in casu præsenti allegata consuetudo inducta & probata sit, disquisitione indiget. Consuetudinem † autem quod feuda inscijs agnatis, & ipsis inuitis alienentur, irreuocabiliter in ipsorum præiudicium valere, concludit inter consilia Alberti Bruni. Campegius. *cons. 2. nu. 18. & cons. 42. num. 25. lib. 1. & cons. 55. num. 15. vol. 3. Bursat. cõs. 49. num. 22. & alij passim.* Porro cõsuetudo † hæc in effectu est negatiua ad tolerandam affirmatiuam, id est, reuocandi facultatem agnatis, de iure communi feudali tributam, ac ad ius negatiuum contrarium inducendum tendens, quæ cum circa actus negatiuos vel omissiuos versetur, eam fundare difficilimum videtur, quãdoquidem † actus priuatiui, & in omittendo consistentes, voluntatem vel consensum minimè inferunt, *vt per Mandellum cons. 25. num. 14. notat Abbas in c. nonne. De præsumpt. col. 3. vers. item fallit. 4. de præsumpt.* Et ea sit † actuum & iurium incorporalium negatiuorum natura, vt in illis ex solo non vsu nulla possessio detur, vel q. & ideò nec præscriptio vel consuetudo procedat, nec ius acquiratur aut tollatur, nec pro, nec contra ius facultatis, adeò vt nisi interpellatio & negatio eam sequutam præcesserint, huiusmodi iura negatiua, quemadmodũ etiã affirmatiua ex actibus meræ facultatis causata, nec cõsuetudine nec præscriptione, etiam tãti tẽporis, cuius initij memoria nõ extat, in cõtrariũ quærantur, *per Philippũ Francũ & Card. Alexand. seu Præpositum in c. significante. De appel. Chass. in consuetud. Burgund. Rubric. 13. §. 2. nu. 9. & 10. Schurff. cons. 1. num. 20. cent. 3. Cels. Hugo. cons. 54. nu. 25.* Nec etenim actus † meræ facultatis, qualitercunq; intermissi, inducunt consuetudinem liberæ potestatis restrictiuam, *vt pulchrè inquit Abbas in c. ex parte. A. stensis num. 7. De concess. præbend.* donec nihil positiuè actum fuerit in præiudicium illius iuris facultatis, *per eundem Abbat. in c. Pisonis. de restitut. spol.* quæ facultas, alias vel lex, vel statutum, vnde illa descendit, per simplicem non vsum, nec mille annis tollitur *per Abbat. c. cum sit, num 15. de foro competent.* Et sane nisi quid contra legem Ciuilem, pontificiam, vel contrahentium, saltem vel tacitè actum fuerit, & sic adfuerit aliquid, ex quo consensus populi in quid negatiuum concludatur, per solum non factum aut cessationem effici, indiciuè nihil poterit, Vnde quando Clerici, vxores habentes, diu intonsum verticem gesserunt, aut aliquod vectigal nunquam pensitarunt, quia vtroq; hoc casu cessatio & non factum, tacitè & in quandam consequentiam actum legibus contrarium continent, ideò ius quoddam inducunt, quod non fieret, si cessatio & non factum legibus non repugnarent: Atq; inde si abhinc 100 annis, nemo Spiræ ob illatum † damnum legis Aquiliæ actionem intenderet, propterea tamen ea actio non cessaret, *vt per Ant. Guibert. in quæst. iur. quæst. 17. Abb. in d. c. cũ sit, & in c. Ioan. de Clericis coniugatis, Anton. de Butr. in repet. c. fin col. 12. De cõsuet. Cyn. in l. 2. num. 8. C. Quæ sit longa consuetudo.*

16 17 18 19 20 21

Ex hactenus igitur præmissis, quia ex actibus voluntarijs, vel in mera voluntate positis, siue affirmatiuis, siue negatiuis, † consuetudo non inducitur, etiam dato, quod illa immemoralis esset, nisi contradictio & denegatio iudicialis esset, aut saltem extra iudicialis interuenisset, *vt per Achillem Personalem de acquirẽd. possess. num. 166. vers. & maximè, post Decium. cons. 437. & Grammatic. cons. 142. ibi ab ipso ad hoc allegatos*, aut aliud quoddam factum contrarium, *vt per Abbat. in d. c. Pisonis. De restitut. spol. & Anton. de Butr. in d. c. fin. de consuetud.* & ex testium dictis nihil amplius constet, quam quod casum nullum sciant, quo vllus vnquam agnatus, aliquam feudi alienati reuocationem tentauerit, multò minus, quod eiusmodi reuocatio iudicialiter vel extraiudicialiter facta sit, ex eo solo consuetudinem introductam esse, firmare vix possum, Quod in terminis consulẽdo intra Consilia Henningi Goden respondit Facultas collegij Ingolstad. *cons. 16. num. 56. 57. & 58.* Nec etenim inde statim infertur, quod in vim consuetudinis feuda alienata non reuocari possint, cum potuerit id ex alijs causis, & vario euentu, citra ius & nomen consuetudinis euenisse, *vt per Henningium Gode. cons. 37. num. 9. faciunt quæ scribit Cranetta cons. 171 num. 14. & cons. 197. nu. 12. Celsus Hugo allegato cõs. 54. nu. 14.* & non temerè præsumendum, per non vsum derogatum iuri semel quæsito, sed † potius ex gratia vel ciuilitate quid factum vel intermissum, nisi probetur ex necessitate vel debitione id processisse, *vt pulchrè per Castrens. cons. 179. incip. in causa &c. col. 3. num. 4. vers. non obstat. lib. 1.*

22 23

Supradictis non obstat, quod per Felyn, *in c. cum*

c cum M. col 4. verſ. tertia declaratio. de conſtit. Scribit Bald. *De preſcript. part. 4. partis 5. principalis queſtio. 1. num. 2.* quod ſi quis hoſpitatus 24 † fuit amicum per longiſſimum tempus, teneatur eum hoſpitari in futurum. Nam Felynum ibi malè loqui, vel inde patet, quod DD. per ipſum allegati, contrarium eius, quod affirmat, expreſsè tenent: atque ideò pro ſaluando dicto illius intelligendum ipſum dicit Crauetta *de Antiquitate temporum. part. 4. ad fin.* in caſu, quando ex qualitate perſonarum, aut alijs coniecturis poſſet apparere, quod ex debito & iure ſeruitutis, non autem ex mera gratia talis hoſpitatio fieret, & hoſpitatus tale ius tãquam ſibi debitum, acquieſcente in hoc hoſpitante, peteret: Quod hic, vbi exempla huiuſmodi alienationũ vltra memoriam hominum factarum, quæ per extractum ex libro inueſtiturarum Cancellariæ Heiligbergenſis exhibita ſunt: ſed de quarum circumſtantijs & qualitatibus nihil præterea conſtat, in præſenti caſu latius diſcutere ſuperſedeo; cum mihi videatur totum hoc, quod de conſuetudine Achaiæ prætenditur, ex tranſactione per nobiles cum Epiſcopo Heiligbergenſi olim Anno 1461. ſecundum teſtis 15. depoſitionem, initã erectaque, & ad eam ſequuta obſeruantia deſcendere, vt nobiles alienationes, vigore illius tranſactionis quouis tempore cum domini conſenſu factas, ratas firmaſque eſſe ſciuerint, nec reuocarint, vel reuocare tẽtauerint, prout hoc teſtes, ſuper tranſactione illa deponentes, vt 2. 4. 8. 12. 15. & 16. non obſcurè innuere videntur, qui omnes de caſibus dotis & victalitij, quod illis (ſicut & Reus in vltima concluſione in prima inſtantia iudicialiter exhibita, in dictis caſibus, & caſu neceſſitatis, ſe ad conſenſum illum obligatum ipſemet profitetur) Epiſcopus in feudorum alienationem pro duabus partibus eorum vaſallis ſuis, vigore d. tranſactionis cõſenſum præbere adſtringatur, eamque alienationem in quoſcunque etiam extraneos factam, agnati alienatoris impedire vel reuocare non poſſint, atteſtantur. Quorum teſtium vltimus etiam, licet de trãſactione cum reliquis mentionem faciat: tamẽ de conſuetudine allegata omnia in contrarium deponit, quemadmodum etiam teſtis, 6. 7. & 9. qui pariter excepto 7. qui omnium eſt ignarus, conſenſum agnatorum requirunt, & eiſdem reuocandi partem non adimunt. Quare cum obſeruantia vel conſuetudo hæc, in d. tranſactione fundetur, ideoque ad terminos eius reſtringenda ſit, ad caſum noſtrum alienationis à minorenne nulla cauſa eius, multò minus neceſſitatis, ſubſiſtente, extendi non poterit, ſicuti etiam is intra reliquos caſus alienationum extractos, non recenſetur, ſed vt caſus ab illis longè diuerſus, non immerito omiſſus eſt.

Nihil in contrarium mouet, quod de pactis familiarum per teſtes allatum eſt, quia illa vel pro libertate illa alienandi, in terminis tranſactionis indulta, moderanda; vel enim temporis illius longiſſimi 30. annorum de iure communi agnatis tributi, ad breuiorem terminũ, & vel paucorum annorum reſtrictionem facta erectaq;, ſicut & per denunciationẽ venditionis faciendæ, & feudi vendendi emendi oblationem, pactis Agnati, ad quos aliâs feudum peruenturum erat, ſic conſtringi potuerunt, vt poſtea ipſis ad feuda alienata regreſſus omnis fuerit interclusus, cum alias de iure † cõ- 25 muni feudorum, etiamſi ad denunciationem & oblationẽ illam, ipſis factam, tacuiſſent, nec emere voluiſſent, nihilominus ius reuocandi ſaluum ſuo tempore intentandum ſibi conſeruaſſent. *Alnerot. in c. 1. §. ſed etiam res. num. 3. per quos fiat inueſtitura, & notat Natta in addit. ad Alex. conſ. 26. addit. 1. vol. 5. & late Tyraque. de Retract. legi. §. 1. gloſ. 9. nu. 146. & ſeq.* quin etiam etſi extra tranſactionem conſuetudinem aliquam conſiderare velimus, certe illam non tam certa aliqua ſcientia & conſenſu, quã † errore vel opinione erronea cœpiſſe 26 & inductam eſſe, definire poterimus, *Iaſon in l. de quibus. nu. 55. de 22. poſt. Bart. Cyn. in l. 2. nu. 11. C. Quæ ſit longa conſuetudo, & Imol. in c. fin. nu. 21. De conſuetud.* quæ opinio erronea per conſenſum in obſeruatione poſtea ſecutum conualuerit, *vt per Bald. in l. fin. §. ſed etſi quis. nu. 21. C. communia de legat.* Quod tamẽ in cauſa noſtra factũ dici non poteſt, cum nedum articulata, multo minus probata talis cõſuetudo ſit, qua minorem ad alienandum inhabili ſine vlla cauſa alienatione vrgente, citra agnatorum conſenſum, irreuocabiliter diuendere liceat, vnde dato etiam, quod conſuetudo allegata, in genere ſatis probata eſſet, quia tamen † ſpecialiter in caſu, de quo agitur, probata 27 non eſt, probanti nihil proficeret, *vt per Oldrad. conſ. 227. Crauett. conſ. 96. num. 4. Menoch. conſ. 55. nu. 37. lib. 1. & in terminis Natta conſ. 600. nu. 19. & 20.* Atq; ſic intentio actoris per illam eliſa dici non poteſt.

Reſtat nunc vltima rei Exceptio, Quod actor, vt heres fratris † alienatoris, contra ipſi- 28 us factum venire non poſſit. *l. cum à matre. C. de rei vendicatione,* vbi quia nos hic in feudo paterno, & eius, quod ex pacto & prouidentia vocant, *per Minſing cent. 4. obſer. 2. & Andr. Gail. obſ. 154. nu. 20. lib. 2.* Verſari indubitatum eſt, in caſu alienationis feudi huiuſmodi, frequentius in eam ſententiam per feudiſtas itum inuenio. Quod † agnatus feudum tale, 29 ſine conſenſu ipſius per defunctum alienatũ, ſi ipſius alienatoris heres, ſiue inuentarij beneficio exiſtat, reuocare non poſſit, *vt per Andr. de Iſernia num. 1. Alnerot. num. 7. Præpoſitum. num. 3. & Afflict. in c. 1. nu. 13. An filius vel agna-*

tus defuncti possit feudum retinere, repudiata hereditate? vbi communiter ita tenere feudistas, attestatur Curtius *in tractat. Feudal. part. 4. nu. 148.* prout etiam communem testantur Arius Pinellus, licet ab illa discedens. *in l. 1. part. 3. nu. 93. C. de bonis mater. & Iulius Clar. in §. feudum. quaest. 42. vers. successiue quaero nunquid filius, & seq. vers. quam sententiam*, praeterquam, quod DD. crebrius consulendo passim ea secuti sunt, etiam in foro aut practica magis receptum esse, comprobatur ex constitutione prouinciali Ducis Saxoniae Electoris Augusti, *in nouis constit. part. 2. constitutionum vel num. 49.* Et ibi communiter concluserunt DD.

30 VVittenberg. & Lyps. vbi statuitur, quod † mortuo alienatore cum heredibus masculis feudalibus, corpore suo descendentibus, potest agnatus & simultaneè inuestitus feudum alienatum reuocare, si & quatenus non sit factus alienatoris heres. Quare cum actorem hunc fratris sui alienatoris factum heredē esse, ex propria ipsius ad 20. defens. cōfessione constet, & inuentarium, quo interueniente se hereditatem adijsse praetendit, iudicialiter productum, ad ipsius postulationem & ipsius finem praetensum, cumq; debitis solennitatibus erectum esse, non appareat, nec quicquā releuet, quod de solennitatibus eius loci vbi erectum est, non obseruatis, allatum est, cum id probatum non sit, neq; etiam si plura eiusmodi instrumenta producta fuissent, tantum per ea nō probasset, sed deberet probare, quod alioquin fides esset adhibita in iudicio *(Natta cons. 575. nu. 9.)* eiusmodi instrumentis. Ideo concludo per hanc Exceptionem, actoris intentionem, quatenus cōtractus hic initio nullus, postea per tacitam ratificationem alienatoris conualuit, peremptam & elisam esse, non tamen quoad reliquas partes scilicet Nicolai & Hartmanni, quatenus ipsis accessit. Quoni-

31 am † heres factum defuncti validum & nullū seruare non tenetur, sed contrauenire illi potest. *Grammat. Decis. 93. nu. 7. Cacheran. decis. 178. num. 1. Hieron. Gabriel. cons. 125. nu. 6. Panzir. cons. 44. nu. 31. & cons. 112. nu. 5. & cons. 127. num. 19.*

Quid pronunciandum?

QVia reuocatoria intētata elisa, partes iudicis erunt pronunciare super nullitate, & declarare, contractum vel alienationem ex parte dimidia nullam & ideo feudum alienatum, pro illa parte actori ad restitutionem pretij, pro rata, quatenus in actoris vtilitatem versum probabitur, ex aduerso faciendam, relaxādum esse &c. cum perceptis fructibus, à tempore cōtractus nulliter celebrati, & refusione expensarum, vel eiusdem compensatis, quia Episcopus pro parte obtinet. Saluo. &c.

Correferens.

QVoad formalia & intentatas actiones condictionum, praesertim ex moribus, siue lege non scripta feudali, cum domino Refer. Huius enim actionis requisita principaliora, tam ex narratis, quam petitione libelli, fundari posse videtur. Cum autē in causa nostra de dictis requisitis, an scilicet & quatenus adsint? non magnopere controuertatur, in ea quoq; parte, an probata sit actio diutius non insisto, praesertim cum ex actis notorium, nec à Reo negatum sit, Actorem primi acquirentis vel potius constituentis esse filium, veluti ex 1. 2. 3. & 4. articulis Appl. qui omnes confessati sunt, apparet, vnam etiam de iure eius intentionem fundatam recte dicimus. *l. siue possidetis. C. de probat.* Illud quoq; ex aduerso extra controuersiam esse puto, quod venditio litigiosi praedij *des Spiellhoffs* in Casparum *à Gudensperg* facta, & per eundem in filium ac posteros, demum in Episcopum possessio continuata sit, Hoc enim quoad primum emptorem ex 11. articulo quoad reliquos ex literis refutationis & inuestiturarum, ab Episcopo in prima instantia sub literis à C. usq; ad I. productis, constat. De eo autem ex parte actoris, principaliter controuerti puto, Quo iure, quaue iniuria intra fratrem appellantis Zachariam & Casparum *à Gudensperg* emptorem, venditio dicti *Spielhoffs* celebrata sit, & an per eundem appellantē tam pro sua, quam pro fratrum defunctorum parte reuocari queat? Et sanè siquidem dicta testium, qui ab actore producti sunt, praesertim depositionem Quintiliani *à Diedenberg*, ex actis *Schiffenauvv* repetitam, diligentius excutiamus, tam in his, quae ratione solennitatum omissa sunt, cum de iure adesse debebant, quam in illis, quae in substantia contractus, contra iuris dispositionem admissa sunt, quae omitti poterant, tot & tantae nullitates occurrūt, vt ita venditio à dolo nedum praesumpto, sed ne vero quidem excusari posse videatur.

32 Nec moveor hoc loco, si dicatur, culpam † potius, (si quid praesumendum sit) quam dolum praesumi debere. *l. quoties. §. qui dolo. ff. de probat. c. 2. De Renunciat. in 6.* Praesertim si in casu nostro consideremus, quod & nobiles fuerint vtrinq; contrahentes, & sanguine iuncti, quorum altero casu, probationem contra praesumptionem iuris, & de iure admitti volunt, altero doli praesumptionem cessare asserunt, Crauett. *cons. 319. num. 1. & 6.* Siquidem enim in eo casu versaremur, vbi causa doli vel fraudis

fraudis nullæ verisimiliter imaginari possent, vel si in vna parte tantum peccatum esset, saluari forte poterat, vulgatis istis & vulgaribus præsumptionibus. Verum quia coniecturæ in causa nostra plures ex aduerso, & maiores occurrunt, ex quibus simul iunctis eo certius dolum præsumi necesse est, nedum vt excusetur, ideo easdem merito attendendas & examinãdas arbitror. Inter cæteras autem (ut potiores tantum attingam) meo iudicio haud postremum locum occupat ætas pupillaris eorum, à quibus & quorum nomine d. venditio facta dicitur, de qua deponit testis actoris primus, ad 1 & 2. interrogat. 11. articuli. idem ad 20. articulum, Testis 2. ad 12. articulum & ad 1. & 2. interrogatoriũ eiusdem. Quintilianus *à Diedenberg* ad 17. & 18. articulum. *Schiffenauw.*

33 Quibus accedit simplicis † adsignatio ætatis filiorum à Carolo patre facta, & iudicialiter exhibita, cui merito, testium prædictorum depositionibus coniunctis, fidem adhibemus, *argumento l. etiam matris. ff. de probat.* Et ex hac nullitate omnes reliquæ, tam ratione solennitatum omissarum, quam quæ veritatem, fidem & substantiam contractus concernunt, velut ex fonte promanant. De prioribus (scilicet solennitatibus) constat ex eo, quod nulla in actis appareat decreti interpositio, quæ cum in terminis nostris præuiam causæ cognitionem, & hæc rursus diligentem discussionem bonorum pupilli, æris alieni necessitatẽ, tutorum & curatorum authoritatem & similia præsupponat (de quibus eleganter Rol. à Valle *cons. 33. nu. 1. & aliquot seqq. vol. 1. & sequitur hunc Menoch. de acquir. poß. Remed. 15. nu. 143. cum seq.*) Omnes hoc loco solennitates à Iure requisitas, vel certe potiores defuisse, merito statuendum est. Iam si ad illas nullitates transeamus, quæ fidem magis & substantiam contractus, quam solennitates, vel certe illas magis quam has respiciunt, prioribus fere plures adeoq; grauiores videntur occurrere.

Primum enim illud ex testibus indubitatum est, Zachariam appellantis fratrem, ad venditionem sæpe dictam ab emptore persuasione inductum, veluti de hoc in specie deponit.

Quintilian⁹ ad 14. interrog. generale Schiffenauw/ das er von niemandt wisse vnter seinen Vettern von Diedenberg/ der darunder wehre gebraucht worden/ dañ allein die so Zachariam den Eltesten Bruder/als einen Jungen vnuerständigen darzu beredet/ cui adstipulatur testis 1. actoris ad 15. vbi dicit, des beyde Brüder Zacharias vnndt *Hartman à Caspáro à Gudensperg* emptore: der sein zeugẽs Vatters schwester gehabt: zu solchẽ verkauff beredet worden.

35 Ex huiusmodi autem persuasionibus † dolum argui faciunt notata. *Bart. in l. cum quis. ff. de dolo.* & quod ille dicatur persuasor, qui aliquid † persuadet ad sui commodum (vt in 36 nostro casu factum,) attestatur expresse testis secundus actoris ad 21. posit. Der Verkauffer Caspar von Gudẽsperg hab seinẽ Nutz darin gesucht: notat & plures ad hoc allegat. *cons. 178. num. 2* Deinde hoc etiam ex testium depositione colligitur, venditioni per Quintilianum contradictum, & denunciatum periculum, ac reductionem futuram, Dicit enim Quintilianus ad d. articulum 17. & 18. Das Er contra d. venditionem stehts geredt/ vnndt die Kauffer mit ernst trewlich darfür gewahrnet/ solches nit zuthun/ deñ da die Jungẽ zu jhren jahren kõmen/ würde nichts guts darauß werdẽ/ Ict ad 21. articulum das er den Jungen Barthel von Gudensperg bona litigiosa Appellanti volgen zulassen gebetten/ addendo, er könne dieselben mitt gutem gewissen nicht besitzen/ noch haben/ cui in effectu adstipulatur testis 2. ad 3. interrog. 11. Articuli.

Es seye die gemeine Redt gewesen / solche Verkauff würden keinẽ bestãdt haben können/ id quod ad 12. Articulum, ijsdem verbis repetit. Certi autem iuris est, quod † is, qui 37 reductionem futuram non ignorat, in dolo esse dicatur, *c. constitutus. De Rescrip. & c. audita. De restit. spol.* & quod dolus arguatur † fa- 38 ciendo contra denunciationem, *facit. l. ait. prætor. §. si quis particeps. De his quæ in fraudem creditorum alien. l. si fundum. C. De rei vendicat. Crauet. cons. 6. nu. 17.* Accedit prædictis, quod dicit testis 2. ad 2. interrogat. 20. articuli.

Er glaube/ es seye denen von Diedenberg Nutz nicht geweßẽ/ daß solcher verkauff beschehen seye/ vñ habẽ sonst die Brüder ein stattliche Nahrung/ vnndt etlich baargeldt darzu jnnen gehabt / cum quo concordat Quintilianus ad 15. interrogatorium generale *Schiffenauw* d. venditio *vvehre nicht* vrgete necessitate beschehen / sondern Casparn von Gudensperg der Otten von Diedenberg leibliche Schwester gehabt gegünnet worden. Quod autem dolus arguatur in tutore † alienante rem pupilli, sine causa, indu- 39 bitati iuris est, & notat quasi in terminis Crauetta *cons. 142. num. 19.* Et ex hac allegatione testis, *Das d. à Gudensperg Otten von Diedenberg schvvester gehabt,* alia quoq; doli præsumptio oritur, quod venditio sit facta, non in extraneum, sed affinem, & sic personam † 40 coniunctam, quæ fraudis non solum particeps, sed & author fuisse videri potest. *l. data C. de*

C. de donat. l. ait prator. §. si quis particeps. C. de his qua in fraudem creditorum. Facit vltra prædicta, quod de vilitate prætij, quæ & † ipsa dolum arguit, deponit sæpe d. Quintilianus ad 4 interrog. generale. das der von Gudensperg ein gering Geldt vor den Hoff gegeben/ so doch Zeug gewust/ dz d. Hoff viel ein mehrers werth. Et q. deponit testis 2. ad 2. Interrog. 28. Articuli causam esse, daß Zacharias von Diedenberg den Kauff nit halten wöll. Dann er zu wolfeill gewesen. Vndt durch seinen Vnuerstandt jhm vnd seinen Brüdern zu Nachtheil beschehen.

41

Posset plura huius generis colligi, veluti quod † damnosa fuerit pupillis d. venditio, de qua Quintilianus ad 4. interrog. generale, vbi dicit. Das er in der sachen nicht gerathen/ noch geholffen / weil er gesehen/ daß der Verkauff der Güter zu Nachtheil der Jungen von Diedenberg nicht hatt wöllen vnderlassen werden.

42

Verum ex his, quæ iam dicta sunt, satis, vt puto, patet ad oculum, omnes fratres alienationis tempore minorennes fuisse, Nicolaum & Hartmannū etiam absentes, Zachariam verò fratrē natu maximū, in id consensisse, cuius cum postea pœnituit: Tutores præterea clam & latēter reliquis agnatis & ꝓpinquis, partim inscijs, partim reclamantibus alienationi cōsensisse, imò ipsosmet emptores & venditores fuisse, ideoque nulla causa vrgente, vili prætio, in proprium commodum, non leue verò pupillorum dispendium, Quibus addo non minimam fraudis & doli suspicionē ex parte Ottonis *à Diedenberg*, qui paulò ante venditionem; à tutela Zachariam adhuc minorennem liberauit, & se non ab huiusmodi, sed etiam reliquorum fratrum plane minorēnium curam subduxit: ex parte vero Casparis *a Gudensperg* emptoris, qui in hoc contractu venditionis, in caussa & re propria author sibi extitit, remotis † præsertim propinquis. *Bald. & DD. in l. cum ipse, C. de contrah. empt. l. 1. §. fuit quæsitum, vbi Iason. ff. ad S. C. Trebel.* Tot igitur & tam manifestis indicijs concurrentibus, & vt plurimū probatis, verum dolum interuenisse concludo *per notat. Bartol. in l. quod Nerua. num. 13. & 14. & quæ notat Menochius consilio 135. loco quo supra.* Proximum igitur est, vt videamus, an d. nullitates & doli indicia, aliquo modo purgata sint, vt his non obstantibus, vel allegatæ consuetudini, vel demum iuri communi, propter successionem Nicolai locus esse possit. Ad Hartmannum quod attinet non insisto, cum ex actis nihil certi inueniam, an maior fact⁹ sit, & quot annis superfuerint, ante tempus illud, quo *Heidelbergæ* confessus esse dicitur. Similiter de Nicolao Appellante nostro res expedita videtur. Quod vero ab eo tempore, quo plane pubertatis annos attigit, & extra & intra iudicium semper contradixerit, & restitutionem vrserit. Solus est, qui negotium nobis facit Zacharias, qui multis annis post factam venditionem tacuisse dicitur, quæ quidem taciturnitas, siquidem ad iudicialem interpellationem referatur, etiam hoc casu potiores sunt partes Episcopi, cum nullibi ex actis appareat, quod vnquam iudicialiter egerit: Si vero de extraiudiciali † interpellatione intelligamus, quæ quod licita sit extra dubium est, *per gloss. in l. vlt. verb. conquestu. C. Si maior fact. &c. lib. 5.* tum illam factam oportuit, aut verbis expresse hoc declarantibus, aut tacito quidem consensu per lapsum temporis, aut quod medium statuit, inter tacitam & quæ facto fit. De verbali ratificatione in actis nihil inuenio, similiter de eo, quæ in facto cōsistit nihil, quod aliquid ratione summæ & prætij in venditione constituti, quicquā receperint fratres, aut desuper quietauerint. Restat igitur tacita illa ratificatio, ex lapsu temporis præsumpta. Verū cum ex præcedentibus nullitatibus verum dolum intercessisse putem, casum. *l. fin. C. si maior fact. lib. 5.* huc extendi non posse arbitror.

43

44

Nec obstat, quod Zacharias præsens tot annos tacuerit. Ex eo enim non puto euinci certo non posse, an doli notitiam & scientiam habuerit, vt in dubio eundem ignorasse potius, quam sciuisse † præsumatur. *l. verum. De probat. Roman. alleg. cons. 54. nu. 3.* Nec illud expeditum est, an certò nouerit doli & fraudis interuentum Zacharias, quo casu dubitantem ignoranti similem esse voluit ad hoc, vt contractum nullo cursu temporis ratum habuisse, dici non possit. *Menoch. vbi supra nu. 185.* Cum igitur saltem quoad indicia manifestum dolum arguentia extra casum *sæpe d. l. fin.* versari videamur, & doli veri nulla probabilis excusatio interueniri queat. Illud insuper, quæ cūquæ contra dolum, siue verum, siue præsumptum, adduci possint, in facto & Rei veritate nobis constet, pupillos hac venditione omnes læsos esse, malim etiam contractum in genere, quoad omnes fratres, nullum pronunciare.

45

An Elisa?

QVoad Elisionis mēbra, tria principaliora membra, præsertim primum, De Clericis nobilibus Achaiæ, cum, vt probata foret, in suis casibus ad nostrum tamen, qui specialis est, extendi non posset, per allegata à Domino Ref. ad quæ me remitto. Ad Tertium Elisionis caput quod attinet, *an scilicet & † quatenus factum defuncti heres præstare teneatur,* dato, quod lex *cum a matre. C. de rei vend.* vltra filiū, & in specie ad casum nostrū, vbi frater succedit fra-

46

dit fratri, extendi possit, tamen in terminis nostris maneamus, contractum videlicet nullum, & talem factile, cui ipsemet contrahens controuenire potuerit, rationem non video, cur heres excludi debeat? cum cesset hoc casu dispositio legis, *cum a matre. Bald. conf. 161. vol. 5. Andr. de Isern. in c. Imperialem, de prohib. feudi alien. per Frider. Grammat. decis. 93. nu. 8. & 9. Afflict. decis. 240. num. 8.* Concludo itaque ex nunc dictis intentionem actoris fundatam non elisam, & ideo pro eodem, quo ad omnes partes pronunciandum, veluti pro dimidia D. Referens pronunciare voluit, &c. Fructus hoc loco venire apud me non est dubium, à quibus, vt reum absoluere non possum, ita in omnes à primi contractus tempore cōdemnare durum videatur: cum vltimo demum *a Gudensperg* ex capite aperti feudi successerit, & litem in se transtulerit, forte igitur tutius, si ab illo tempore computentur cum Expensis.

D. Ruprecht.

Actori cum Domino Referente puto adiudicandum esse integrum prædium, neque excipiēdam esse partem Zachariæ, licet enim ille nullam diuturno tempore litem mouerit, nullus tamen apparet assensus ipsius cōtractus, quin potius expressus dissensus, eo quod assumpto agnato suo, emptorem de restitutione interpellarit. Nec me mouet, quod post denegatam restitutionē denuo tacuerit per aliquot multos annos: nam aperte testatus est, se expectare Euentum litis per fratrem motæ, cū quo ipsi paria ferè erant iura. Præterea vt concedamus taciturnitatē illam potuisse supplere defectum omissionis & solēnitatis Decreti, si euidentia maior factus ratificationis argumēta & indicia præbuisset. Nemo tamē facile dixerit opinor, solā taciturnitatē potuisse quoq; supplere defectum in committendo perpetratum, id est, vitium scriptionis & circūuentionis minorum, adeoq; ipsius doli, qui ab initio contractus interuenisse, satis mihi videtur, ex actis constare, maxime cum certum sit, quod 47 ne quidē expresso † pacto fieri possit, vt quis de dolo non teneatur. Quare concludo, vt supra, integrum prædium actori restituendū esse, cum fructibus à tempore litis per Episcopum reassumptis, ex persona Bartholomæi *à Gudensperg*, & quidem integri prædij, cum videtur Episcopus, qui sibi vasallum ex altera dimidia quæsiuit, locupletior factus, & non omnino nullum fructum, etiam illius dimidiæ percepisse. Cui accedit, quod non videatur o-48 mnino † bonæ fidei dici posse, qui contra vulgatas iuris Regulas, rem litigiosam & controuersam, non clamante litigatore & conductore, alienauit. De prætio restituendo, si sic fuerit visum dominis, malim & ego nihil pronūciare. Quia res illa (vt per Referentem deductū est) sic inrricata videtur, vt lubrica admodum futura sit eius decisio, in quamcunq; partem tādem inclinauerimus. Cuius rationibus & illam addo, quod mihi nō videatur satis certum esse ex actis, an vllū prætium omnino solutum sit minoribus. Constat enim pauculis interiectis hebdomadis pro prætio, quod numerandum veniebat, constitutā esse pensionē annuam, quæ, quot, quibusue annis, soluta vel non soluta sit, equidem ex actis non potui deprehendere. Quamobrem in eo, tam dubia & intricata, malo, vt dixi, omnino nihil pronunciare, sed rem relinquere ipsis partibus transigendam, qui vel sponte ea de re conuenient vel nouam moturi sunt litē, in qua certius omnia discutiantur. Quibus ponderatis certiorem quoque & firmiorem licebit in hoc puncto sententiam ferre. Expensis compensatis.

D. Vrbinus.

Non moror, siue condictionem ex lege, siue rei vendicationem demus, iunctam cū officio iudicis, ad tollendum contractum nullum. *Curt. Iunior conf. 51. in fin.* Quantū ad duas partes controuersas res clara est. Quo ad tertiam Nicolai, vt domini per maiora, cum dolus sit multiplex & clare probatus, nec agatur de præsumpto tantum, ideo concludo nos nō esse in casu *d. l. fin. C. si maior factus l. 5.* Sed † potius in cōtractu ipso iure nullo & prohibito, qui 49 nec quinque nec pluribus annis confirmetur, *Natta. conf. 162. nu. 34. Curt. Iun. conf. 50. Roland. conf. 72. nu. 17. vol. 4. Et in specie Barbatius conf. 70. col. 4. lib. 3.* Et *Curtius Iunior conf. 15.* dicit, quod 30. annis tantum præscribatur. *Butr. conf. 45.* Posset & confirmari, quia malæ fidei possessor, qui nunquam præscribit. Accedit quod cōsensus, nec tacitus, nec expressus Nicolai probatur, sed cōtrarium potius. Putauit enim Zacharias, Es stünde im nicht wohl ahn / quoniā † error est expressi iuris, qui nemini nocet, præser- 50 tim quando agatur de damno vitando, vbi ergo est † error, ibi nullus consensus. Accedit 51 quod non docetur, ipsum legitime certioratū de omnibus qualitatibus Rei, quod tamen omnino requiritur, *Parys. conf. 47. lib. 1.* vt potius simus in terminis Doctorum, præsertim Salyceti in *d. l. finali col. 2. &c.* qui dicit, sufficere quandocunq; contraria voluntas declaretur, præsertim vbi mala fides ex aduerso & plures defectus cōcurrunt. Quibus addi posset, quod minorē læsum etiam ex adfectione, ad bona restituendū, Item quod † dolus preteritus in ge- 52 nerali remissione, non videtur remissus. *Roland. conf. 49. nu. 59. lib. 1. vers. 2.* Et quod Episcopus de lucro celare videtur: Item in culpa Reus, qui tamen occupauit, & de re litigiosa alium inuestiuit, Item in consuetudine allegandа sæpius sibi videatur contrarius. Ideo conclu-

concludo pronunciandum, cõdemnando Reum ad restitutionem totius feudi, licet videatur dubium, tamen videtur, quod possit recuperare, & partes sibi consulere ex Titulo, *De inuestitura de re aliena facta.* Et quidem cum fructibus ex supradictis, & quia ex natura a-53 ctionis † veniunt, *Curt. senior. cons. 71.* & aliâs fraus tacite fieri posset per alienationem bonorum, & maxime hic cum iam esset litigiosa, & quidem à tempore reassumptæ litis. Non obstat consuetudo allegata, quia etiamsi esset probata, tamen intelligeretur in alienatione rite facta, *l. si se non obtulit. §. condemnatum, de re iud.* Et aliâs tali casu minor non comprehenditur, *Blancus in tract. de compromiss. verb.* 54 *minor.* Nec sequens quæstio, quia factũ † quod nullum est, hæres præstare non tenetur, Non obstat Cæphali consilium 51. Loquitur enim in terminis vbi quinque vel sex qualitates firmissime concurrunt, de quibus hic nihil, sed etiam ex Responsionibus ad obiecta clarius. Quia dicit, non obstare mentem statuti Rauennensis &c. Sed nec Parys. allegato *cons. 49. &c.* Videtur enim loqui de dolo præsumpto magis, vt in omittendo, item in Rustico, & ipse præsupponit *num. 19. 27. 38.* dolum præsumptum, & innuit contrarium in dolo vero, *num. 39. & seq.* Expensis Compensatis. Quia quæstio iuris non adeo expeditur, & Reus succedit aliquo modo in vitium alterius litis, scilicet prius cœptæ. Prætium omnino omitto, cum non sit hæres, sed actor habet regressum contra hæredes.

D. Signorolus.

Concludit cum Domino Correferente & cæteris seqq. Putat nos nõ versari in terminis. *l. fin. C. si maior factus. lib. 5.* ideo integrum prædium restituendum actori, cum fructibus à tempore litis assumptæ per Episcopum, expensis compensatis & omissa adiudicatione prætij.

D. Hirsshorn.

Concludit cum Domino Correferente & reliquis Dominis, qui sunt eiusdem opinionis pronunciandum, scilicet in totum pro actore cum fructibus, Compensatis Expensis sine adiudicatione prætij.

Sententia.

In sachen Niclasen von Diedenberg Appellanten / Eins / wieder Weilandt Herren Clement / jetz Herrn Alexander Bischoffen zu Heiligberg Appellaten / Anderstheils / ist allem fürbringẽ nach zu Recht erkãdt / das durch Richter voriger Instantz / vbel geurtheilt / wol darvon Appellirt / vnd der in Actis angezogene Verkauff nichtig vnndt Crafftloß / auch ermelter Appellat / jhme Appellanten den geklagten Spielhoffe / sampt desselben ein vndt zugehörungen / mit allernach Absterbung des letzten von Gudensperg / vffgehabener Nützung / zu restituiren / einzureumen vnnd zuzustellen schüldig sey. Als wir jhnen zu solchem allem hiemitt Condemniren vnd verdammen / die Gerichtscosten derenthalben vffgeloffen / Auß bewegenten Vrsachen gegen einander Compesirendt vnnd vergleichendt.

DEC. I. VOTVM II.

In Caussa Capittel zu Himmelburg / Contra Die Stadt Himmelburg.

De Intellectu. §. Dieweil / Constitutionis pacificatæ Religionis, Anno. 55. prouulgatæ.

SVMMARIA.

1 *Ciuitas, que est in manicula Imperij quam Camera in decernendis processibus ad fundandã suam iurisdictionem pro tali habet status est Imperij.*

2 *Per actiores executoriales in Camera extractas fit saltem verbalis immissio.*

3 *Verba prolata à legum cõditoribus seu à Iurisperitis intelligi debent secundum interpretationem legalem: secus si ab idiota.*

4 *Religionis constitutionis verba intelligi debent non simpliciter & vulgari modo, sed secundum iuris interpretationem.*

5 *Verbum possessionis in religionis constitutione positum, intelligendum est de vera, reali & corporali insistentia rei, siue etiam nuda detentione.*

6 *Verba sequentia ex precedentibus declarãtur, maxime si sunt obscura.*

7 Pos-

7 *Possessio ex descriptione & etymologia sua, intelligitur de positione & reali occupatione.*
8 *Communis usus loquendi attendi debet, & praeualet etiam propriae significationi, & dat significationem rei.*
9 *Verba statuti recipiunt interpretationem ex cõmuni usu loquendi, non attento proprio significatu verborum.*
10 *Vtilitas publica iuuanda est interpretatione.*
11 *Vtilitatis publicae favore, lex poenalis & odiosa, quae alias restringi debet, extenditur, ac si esset mere fauorabilis, extra propriam etiam significationem.*
12 *Odia fauore reipubl. non solum extenduntur, sed etiam ab his, quae favoris publici sunt, receditur, si maior vrgeat Reipubl. fauor.*
13 *Priuilegiatus non vtitur priuilegio suo contra priuilegiatum, si alterius priuilegium sit potentius, maiorisq; fauoris.*
14 *Priuilegij clericalis obtentu non debet publica vtilitas vacillare.*
15 *Anceps caussa ad Caesar. & omnes ordines imperij, summaria facti commemoratione referenda, & resolutio ab iisdem petenda.*
16 *Dubitatio super noua lege orta per interpretationem conditoris dirimi debet.*
17 *Interpretatio statutorũ a statuẽtibus est petẽda.*
18 *De Legis mẽte nemo melius indicat, quam auctor & conditor.*

IN NOMINE Domini. Amen.

TOTA quaestio praesentis causae in eo potissimũ consistit, an casus noster comprehendatur sub noua constitutione Religionis de Anno. 55. pro cuius decisione duo inprimis obseruãda sunt. *1. An reis sc. ciuitas Himmelburg status sit imperij. 11. An actores, capitulum ibidem (cum notoriè non sint status:) possessionem bonorum ablatorum tempore Passauinae transactionis, siue pacificationis, habuerint nec ne?*

Quo ad 1. Concludo Himmelburg status Imperij esse, eo ꝙ sint in matricula † Imperij (1) & nos in decernendis processibus ad fundandam nostram iurisdictionem pro talibus habeamus.

Videndum igitur de actorum possessione, an illam tempore Passauinae transactionis habuerint. Quo probato, consentaneum erit, hunc casum ad nouam constitutionem non pertinere, argumento à contrario sensu ducto ibi, dero possession die Geistlichen zur zeit des Passawischen vertragꝭ nit gehabt. Si ex iure communi hunc casum decidere velimus, illo praesupposito, quod per arctiores † (2) executoriales hîc in Camera extractas fiat saltem verbalis immissio: quemadmodũ D. Ref. concludit, de quo tamen ego dubito, (vt infra dicam) posset dici, actores veram possessionem habuisse ante recessum Passauinum; Idq; ex interpretatione quadam iuris, *per ea quae adduxit D. Ref. ex c. contingit. dolo. & cont.* alijsq; iuribus & autoritatibus. Caeterum, an verbum illud possessionis in constitutione religionis positum verificari possit in interpretata iuris possessione, in eo subsisto, & plane dubito. Dubitationem facit, quod verba prolata à legum conditoribus seu à † Iurisperitis intelligi (3) debent secundum interpretationem legalem, secus si ab idiota proferantur, quia tum simpliciter & prout in idiotam cadunt intelligũtur *per not. l. quod si nepotes Testam. tutel. l. quoties fam. ercisc. l. 1. C. contrah. & com. stip. & ibid. Bal. nu. 3. Alex. cons. 44. nu. 7. vol. 5. Rom. cons. 32. per tot. Natta. tr. stat. quaest. 4. l. si cum ante donat ante nupt.* Sed Religionis constitutio non solum ab Imperatore, verum etiam omnibus Imperij ordinibus, praesentibus tot ICtis, cõstituta & approbata est, Igitur † verba eius in- (4) telligi quoq; debent, non simpliciter & vulgari modo, sed secundum iuris interpretationem, *per iura supra allegata.* Existimarem tamen praedictis non obstantibus pro meo captu, verbũ illud possessionis in religionis cõstitutione positum, non † posse verificari in (5) interpretata illa, & iuris quadam subtilitate intellecta iuris possessione, sed accipiendum & intelligendũ de vera reali & corporali insistentia rei, siue etiam nuda detentione, ita vt non sit spectandum, an iuste quis possideat vel detineat, sed an realiter possideat, detineat, occupet, atq; hunc intellectum ipsa constitutionis verba satis arguunt.

Nam in prin. §. *dievveil*, expresse verba sonant de reali & corporali rei insistentia. Mox limitatio subijcitur de bonis ante tractatum Passauium possessis, quod sub ea constitutione comprehendi non debeant ad constitutionem *d. §. dievveil*, me referendo. Verbum igitur possessionis, ad praecedentia relatum, non potest aliter accipi, quam de naturali possessione, de qua praecedentia loquuntur. Verba enim sequentia † ex praecedentibus declaran- (6) tur, maxime quãdo obscura sunt, *l. quoties fam. ercisc. l. si seruus plurium. §. fin. Panor. cons. 111. n. 40. cũ seq. vol. 1.* Itaq; mihi videnẽ legislatores ad communẽ loquendi vsũ respexisse. Possessio autẽ ex communi loquẽdi vsu intelligitur † secundũ descriptionẽ siue etymologiam (7) positam, *l. 1. acquir. poss.* de pedum sc. positione & reali occupatione, quando naturaliter tenetur ab eo, qui insistit. *d. l. 1.* Aliâs de iure in interpretatione legis, aut cuiuscunque etiam odiosae dispositionis, cõmunis vsus loquendi attendi debet, qui praeualet etiam propriae † significationi, & dat significationẽ rei (8)

l. Labeo. & ibi Bartol. in pr. de sup. leg. idem. l. omnes populi. nu. 58. Inst. & Iure. Bru. tr. statut. art. 8. nu. 40. Natta. ibid. quaest. 4. num. 4.

Eodem modo verba statuti recipiant interpretationem ex † communi vsu loquendi non attento proprio significatu verborum. *Alex. cons. 115. num. 6. vol. 2. Rom. cons. 32. Fel. in proem decretal. num. 3. & 11.*

9

Non obstat ratio dubitandi supra allegata, quia eam cessare puto, quoties de contraria mente legislatoris probabiliter constat. *Alex. d. cons. 115. num. 6. Alleg. Immol. c. cum tibi. in f. test.* Aut quando de publicae vtilitatis fauore agitur. *Rom. d. cons. 32.* Vtilitas enim † publica iuuanda est interpretatione. *text. l. hoc modo cond. & dam.* Cum igitur extra omnem dubitationem sit, hanc religionis constitutionem publicam, omnium vtilitate, pacis & tranquillitatis in Imperio studio prouulgatam esse, meritò interpretatione iuuanda erit. Tantus enim publicae vtilitatis † fauor est, vt lex quantumcunque poenalis & odiosa, quae alias deberet restringi. *l. cum quidam liber. & posth. c. odio. R. Iur.* Si ad favorem Reipb. tendat, ita extendat, ac si esset mere fauorabilis, etiã extra ppriam significationẽ, *ita notat. Bart. per l. quidē per gl. nu. 4. C agric. & cens. lib. 11. Iason. l. cetera. §. Sed etsi quis. nu. 2. ad Syllan. Zas. d. §. Sed etsi quis. nu. 4.* vbi notat per illum text. non solum extendi odia † fauore Reipubl. in casu illius. § *Sed etsi quis.* Sed etiam ab his, quae fauoris sunt publici recedi, si maior vrgeat Reipub. fauor. *Zas. cons. 1. nu. 23. vol. 1.* Pari ratione priuilegiatus † non vtiẽ priuilegio suo cõtra priuilegiatum, si alterius priuilegium sit potentius maioris quasi fauoris. *l. numu. §. fin. Minor. Bartol. in auth. quas actiones. C. SS. Eccle. nu. 3. Ias. l. caetera §. Sed etsi quis. nu. 4. l. 1.* Licet igitur actorum caussa fauorabilis sit & priuilegiata, odio spolij & fauore Ecclesiae, tamen publicae vtilitatis fauor pax & trãquillitas Imperij praeponderare debent, maxime propter actorum confessionem, quod ad bonorum tamen restitutionem agunt. Et specul. *de Cler. coniug. nu. 15.* dicit, quod † obtentu priuilegij clericalis non debet publ. vtilitas vacillare.

10

11

12

13

14

Concludēdum igitur, quoniam causa propter rem iudicatam, & sic ius quaesitum parti, similiter arctiores executoriales, & poenè etiã declarationem, ante d. pacificationem Passauianam factam, admodũ anceps sit, nolo meo voto actoribus quicquã tribuere aut adimere: sed ex praedictis rationib⁹ existimarim, nihil in hac caussa inconsultis autoribus statuendum aut pronunciandum esse: sed eam ad Caesarẽ, & omnes Imperij ordines, cum summaria facti commemoratione, referendam & † resolutionem ab ijsdem petendam, non quidem super intellectu constitut. sed veluti super hoc nouo casu. Quoties enim dubitatio aliqua super noua lege † nouiter emergit: (vt in nostro casu) tunc illa per interpretationem conditoris dirimi debet, *text. l. cum de nouo. C. LL. l. 3. §. Si quid vero. C. veteri iure emul. l. l. leges. C. ll. & l. fi. eod. t.* Sic in interpretatione statutorũ † ab ipsis autoribus petenda ea est, *Bart. l. omnes populi. nu. 56. Inst. & Iur.* Nemo enim de mente legis † aut cõstitutionis melius iudicare poterit, quam autor & conditor eius. *d. l. f. c. cum venissent iudic.* Itaq; nolo iam disputare de materia. *l. leges & constitutiones. C. ll. & c. f. const.* de qua materia pulchrè. Bart. *l. omnes populi. nu 39. cum seq.* Mouet me, quoque in hanc opin. ipsius Imp. Ferdinandi scriptum ad Cam. de dato 13. Apr. Anno. 57. quo mandat Cam. ne in ista caussa procedat, In anschung des jüngst zu Augspurg Anno. 55. aufgerichten Religions friedens/ idque propter publicam pacem conseruandam, vnde liquidissime cõstat, Imperatorem ipsum praesumere, imò praesupponere, hunc casum ad nouam constitutionẽ Religionis pertinere.

15

16

17

18

Mouet me praeterea praeiudicium in caussa Abbatis zu Elberßheim/ vbi in casu magis claro concessum fuit in pleno Senatu, man soll solches ad Caesarem & status gelangen lassen. Cum igitur versemur in fortioribus terminis, & in casu magis dubio propter rem iudicatam & arctiores executoriales, Concludo, ut supra. Illud quoque paucis adijcere volui, neque de iure communi hanc caussam ad constitutionẽ religionis pertinere posse. Idque D. Referens conclusit, vt initio memini, quia puto nullam immissionem, nec verbalem quidem virtute executorialium fieri. Nam in ijs tantùm restitutio ablatorum mandatur, quae restitutio vti priuatio, praesupponit aduersariorum possessionem. Cum igitur executorialibus emanatis, ne nunc quidem paritum sit, sequitur, non obstante re iudicata, quae possessionem non tribuit, reos etiamnum esse in possessione bonorum litigiosorum. Si igitur adhuc sunt in possessione, vix video quomodo actoribus consuli possit, nisi de materia. d. l. *leges*, disputare velimus. Concludo Caesari & statibus relationem faciendam. Ita placuit maioribus votis.

DEC. I. VOTVM III.

In Caussa Carthauß zu Wolfsberg/ *Contra* Herman Adolphen Hertzog zu Großlandt.

De Intellectu Constitutionis Religionis.

SVMMARIA.

1 *Exceptio constitutionis Imperij est peremtoria, vimq; rei iudicatæ & litis finitæ habet, imo res iudicata in toto imperio, & impedit litis contestationem.*

2 *Actione & iurisdictione sublata & ademta, litis contestatio iniungi nequit.*

3 *Exceptio constitutionis omnem actionem elidit, cum sit intentionis.*

4 *Lex imperij publicæ pacis fauore scripta, siue æqua, siue iniqua seruanda est.*

5 *Exceptio vbi altiorem indaginem requirit, nō debet impediri litis contestatio.*

6 *Constitutio relig. pacif. an comprehendat casus speciales ante Passauinum recessum transactione sopitos & decisos.*

7 *Statutum nouum, etiamsi in eo expresse dicatur, quod habeat locum seu trahatur ad omnia negotia, nedum futura, sed etiam præterita, tamen nō trahitur ad negotia transactione decisa, nisi specialem faciat mentionem.*

8 *Transactio cur ne Imperatoris quidem rescriptio resuscitari possit.*

9 *Negotia decisa & finita quæ dicantur.*

10 *Noua constitutio an ad præterita porrigatur, & quando, nu. 11.*

IN NOMINE Domini. Amen.

DVÆ sunt submissiones. Prima in puncto litis contestat. an lis sit contestanda. Secunda in pūcto compulsorialium pro editione transactionis in originali.

Quo ad primam exceptionem, omissis alijs omnibus exceptionibus tanquam irreleuantibus, dico reos vnico potissimum tribunal declinare: Constitutione nimirum imperij, Anno. 55. promulgatæ auff den Religion frieden. §. dieweil. *fol. 7.* Quæ exceptio cum sit peremptoria, vimq; rei iudicatæ & litis finitæ habeat: Imo † sit res iudicata in toto imperio, dubium nullum est, quin impediat de iure litis contestationem *c. inter monast. R. l. c. 1. vt lite nō cōtest. in 6. Bart. l. nā & postea iureiur.* Vidēdū igit, an simus in casu dictæ constitutionis.

Constitutio requirit possessionem temporis Passauinæ transactionis initæ Anno. 52. Sed actores ponūt in libello articul. Spolium Anno. 38. commissum. Igitur fatentur, se diu ante dictā transactionē in possessione pagorum spoliatorum non fuisse. Si non fuerunt in possessione, consequens est, nos hîc in terminis nouæ constitutionis deß Religion friedens versari. Et non solum actoribus nullam omnino repetendi actionem, sed ne nobis quidem iurisdictionem vllam competere, cum ea nobis sit disertis verbis in d. constitutione ademPta, daß wir keinen Proceß darwieder erkennē sollen. Adempta † igitur actione, sublata etiam iurisdictione, non video, quo pacto possimus litis contestationem iniungere, Reis dictam exceptionem constitutionis nouæ in Imperio publicatæ, & nobis legitimo modo insinuatæ, opponentibus, eo quod per eam omnis † actio elidatur, cum sit intentionis exceptio. Atq; licet quidem durum sit, attamen lex imperij † publicæ pacis fauore scripta est, & ideo siue æqua, siue iniqua seruanda est. *l. prospexit qui & à quibus manum.* Me tamen vehementer in contrarium mouet, quod videlicet in pleno senatu, citatio sit decreta actoribus. Nam nihil in exceptionibus Re[illegible]m declinatorijs nunc allegatum video, quod antea quoq; non venerit in deliberationē dominorum, potissimum quod ad hanc exceptionē nouæ constitutionis attinet, quæ tum temporis in casu præsenti diligentissime in vtramq; partem disputata fuit, Et tamen ea non attenta, citatio maioribus votis decreta, itaque inauditis alijs dominis qui processus decreuerūt nihil statuēdum aut concludendum existimo.

Putarem tamen, mea quidem sentētia, non obstante dicta exceptione nouæ constitutionis, litis contestationē Reis iniūgi posse sine aliquo periculo. Ratio, quia vt exceptio constitutionis est peremptoria, impediens litis ingressum, ita quoq; exceptio transactionis, qua actores directo hîc via actionis nituntur. *l. fratris tui. C. transact. c. 1. lit. contest. in 6. Bartol. d. l. nā & postea iuremur.* Et exceptio transactionis nō solū opponitur ad impediendam litis cōtestationē, sed etiā ad elidendā iurisdictionē iudicis. *Iasl. l. causas vel lites. n. 1. C. trāsact.* Sum⁹ igitur in casu, vbi exceptio pemptoria exceptioni æque pemptoriē opponitur, & vtraq; exceptio † cū altiorē indaginē in præsenti requirat, nō debet impediri litis cōtestatio. *d. c. 1. Bartol. d. l. nam & postea.* Nā ꝙ ad exceptionē cōstitutionis attinet discutiendū venit, an † ea cōstitutio cōprehendat casus speciales ante Passauinū recesū trāsactione consopitos & decisos p

ea qua tradunt Bartol. Bald. Fulg. & alij in fin. C. si cont. ius vel util. publ. Iaf. d. l. caussas vel lites nu. 3. vbi dicit, Quod si fiat statutum nouum, & in eo expresse dicat ꝙ habeat locū, seu trahatur ad omnia negotia, nedum futura, sed † 7 etiam præterita, tamen non trahatur ad negotia decisa transactione, nisi specialem faciat mentionem. Hoc confirmat Bald. *d. l. caussas,* dans rationem: cur transactione imperatoris 8 quidem † rescriptio resuscitari possit, quia inquit transactio habet in se æquitatem iurisgentium, & ideo non potest tolli per rescriptum, nisi specialis fiat derogatio. Cum igitur constitutio religionis in genere loquatur, dubitari potest, an ad casus transactos extendatur & sic ad negotia præterita & decisa. Nam 9 decisa † & finita negotia dicuntur transactione, sententia, iuramento, solutione, præscriptione, *Bartol. l. omnes populi. nu. 41. Iust. & Iur.* Ex hac ratione dubitari etiam posset, utrum nobis in casu præsenti iurisdictio adempta sit nec ne, maximè propter singularem doctrinā 10 *Bartol. l. omnes populi. nu. 39.* Quod † noua constitutio ad præterita decisa seu finita non porrigatur, infirmando vel aliter disponendo, etsi hoc expresse caueretur. Itē in negotijs præteritis pendentibus, & per appellationem in iudicium deductis. *alleg. d. l. caussas. C. transact. l. pen. C. SS. Eccl.* Secus est, quando noua constitutio confirmat præterita, quia † tunc si ex- 11 presse caueatur, extenditur etiam ad præterita. *Bartol. d. l. omnes populi. num. 39. vbi plane de nostra L. leges C. LL. & c. fin. constit.* Porro quoad ipsam transactionem attinet, qua replicando nituntur actores, simili ratione controuerti possit, an ea extendatur ad actores, attēto quod Wolffsbergēsi ciuitate inita sit, & non cum actoribus, quorum etiam nullam vsque mentionem facit dicta transactio. Hac ratione decretam citationem sine periculo saluari posse arbitror, cum hinc inde partium allegata altiorem indaginem requirant. Post litem vero contestatam, si quid dubij in decisione caussæ principalis incidat, volo à legis conditoribus interpretationem & resolutionem expectare, vt in alijs similibus caussis cōclusum aliquando fuit. Si citatio non esset decreta, nihil decernerem motus præiudicio in caussa Abbatis zu Ellerßheim cōtra Grauwenberg. Tandem variantibus sententijs in pleno mecū maioribus votis conclusum fuit.

RELATIO IV.

In Caussa Christoffs/ Nun Ludwigen vnndt Christoffs/ Grauen zu Eidelberg/ vnndt Aptistin/ Priorin/ vnndt Conuent zu Silberbach/ *Contra* Amptleutt gemeiner Herrschafft Neuneck. *In puncto Citationis,* vff den Landtfrieden *& mandati de restituendo.*

SVMMARIA.

1 *Ecclesiastica persona non possunt quem criminis accusare, ex quo pœna banni sane viuis irrogatur: ergo nec ex constitutione pacis publica.*
2 *Accusationem ad pœnam banni non possunt instituere, qui nō sunt status Imperij, vel ei immediatè subiecti.*
3 *Status cuiuscunque ordinis conueniri possunt ob violatam pacem publicam.*
4 *Constitutionis pacis publica requisita qua sint, & qua à dolo & pœna doli excusent.*
5 *Constitutionis pacis publica remedium non competit nisi omnibus requisitis concurrentibus, & nisi accusator factum commissum rectè cum cōstit. de pac. publ. pugnare ꝓbauerit. nu. 6. & 11.*
7 *Iurisdictio natura fundatur super vel in qualitatibus pacis publica.*
8 *Iurisdictione deficiente rei absolvendi sunt.*
9 *Culpa lata comissa; ex qua dolus præsumitur, tamen nondum constat de dolo.*
10 *Violatio pacis publica non probatur ex vi publica.*
11 *Qualitate, qua principaliter actor nititur deficiente, nec eius, qua inde pēdet, ratio habetur.*
12 *Expensa in actione de const. pac. publica an compensentur.*
13 *Clerici mediate imperio subiecti ciuiliter ob fractam pacem ad restitutionem bonorum ablatorum, & compensationem damnorum acceptorum in caussam agere possunt.*
14 *Quod tum demum locum habet, cum ecclesiastica persona solemniter protestantur, se non ad pœnam banni, verum ciuiliter tātum ad bonorum ablatorum, & damnorum restitutionem & compensationem agere velle.*
15 *Super qua protestatione instrumentum publicum confici curent.*
16 *Mandata de relaxando olim sine citatione ad videndum sine clausula decerni possunt, & etiam sine citatione.*

17 Con-

17 *Constitutio religionis pacif. æquiparatur constitutioni pacis publicæ.*
18 *Constitutionis pacis publicæ principalis pœna est pœna banni. & n. 24.*
20 *Actor forum rei sequitur.*
21 *Defectus iurisdictionis in cōtinenti videri & approbari potest.*
22 *Exceptiones peremptoriæ regulariter impediunt litis ingressum. Quod restringitur num. 23.*
25 *Ex constitutione publica pacis & seorsim & cōiunctim agi potest tam ad vanam constit. quā ad reparationem damnorum & interesse.*
26 *Agens seorsim ad dānum vel spolium ex cōst. pac. publ. non minus qualitatis fractæ pacis probare debet, ac si ad pœnam constitutionis ageret.*
27 *Spolium simplex eorum competēti & ordinario tractandum est.*
28 *Accusationis ex constit. pacis publicæ requisita.*
29 *Qualitate pacis publicæ fractæ non probata rei ab accusatione instituta absoluendi cū expensis.*
30 *Clausula iustificatoria effectus.*
31 *Actor non probans, cōdemnantur in expensas.*
32 *Paria sunt aliquid per se expeditum esse aut per alium.*

IN NOMINE Domini. Amen.

Referens.

MANDATA procuratoria in persona actorum duorum *de Adelberg* sunt sufficientia, ex quibus postremum. *nu. 44.* est Ludouici & Christophori, Comitum *ab Adelberg* doctorem Pinz legitimantium. Deinde reorum scilicet Ducis Caspiarū constituentis Syndicum Kronbergern. *nu. 37.* tum pro Amptleuten & Schutzen *num. 38.* Ac si non essent sufficientia, tamen non curarem, quia sum pro eis pronunciaturus iuxt. decreta visitationum anni præteriti 78. 2. Nullitates nullas deprehendo, quæ attendendæ essent. 3. De Actione actores duos instituerunt processus, alterum in puncto citationis ad vidēdum &c. eumq; principaliter, alterum in puncto mandati de restituendo per consequentiam & accessoriè.

Et quidem quod ad priorem processum attinet, actores intenderunt accusationem ex d. constitutione pacis publ. vt videre licet ex petitione summaria, *nu. 5.* & ex articulis positionalibus p̄batorijs. *nu. 9.* præsertim 1. 10. 23. siue vltimo, & interrogatoria speciali, cōtra defens. & ex replicis & exception. & probat. *n. 43.* An actoribus accusatio ex d. constitutione cōpetierit? Regulariter † Ecclesiasticæ personæ nō possunt quem accusare criminis, ex quo pœna banni sane viuis irrogatur, *c. prælatus homicid. in 6. c. sententiam, c. Clerici ne cl. secul. se immis. Iul. Clar. in pr. Crain. §. vlt. quæst. 26. Gail. obs. 8. nu. 5. de pace publ. 1.* Ergo nec ex constitutione turbatæ pacis publ. *Idem Gail. nu. 6.* quod licet in ijs, qui immediate imperio subsunt, ratione bannorū feudalium regalium & priuilegiorū, quæ ab imperio habent, aliter sit constitutū & vsu receptū. *Idem nu. 7. & 9.* Tamen, qui non status Imperij, vel ei immediatè, sed alijs superioris ordinis subiecti, nō possunt accusationē † ad pœnā banni ex d. constitutione instituere. *Idem Gail. nu. 10.* Quod & in ijs intermediatis procedit, qui gladij potestatem, & merum Imperium habent. *Idem num. 11.* Cum igitur d. Abbatissa & cōuentus Silberbachensis non sit status Imperij, sed subsit Episcopo Trancēsi, ut ex tabula des Jahrgedings videre licet, quin nec merum habet Imperium, sed id pertineat ad Neuneckenses perperā suorū nomine, & suo, instituit actionem ad pœnam bāni in puncto Citationis, an vero ad restitutionē bonorum ablatorum ex eadem constitutione agere potuerit suo loco videbimus.

Sed cum Adelberg, quoq; vt patronus Castenuogt vnā Reos accusarit, quæritur an ipsi hæc accusatio contra Reos competierit? Et dubium non est, quin hac accusatione vti potuerit, non modo, quia ob ius patronatus, cum ipsum cœnobium, tum eius subditos, qui & ipsi iureiurando sunt obstricti, contra vim tueri ac defendere teneatur: sed & quod publicū sit hoc iudicium, siue actio, quā quilibet exercere potest. *Mynſ. 34. cent. 4.* De reis etiam quæstio est, propter priuilegium exemptionis à Iurisdictione Cameræ duci Caspiarū in Comitijs Augustanis Anno. 48. eiusque subditis concessum. Sed non obstantibus vllis priuilegijs status † cuiuscunque ordinis conueniri possunt ob violatam pacem publicam quod nominatim de duce Caspiarū & in priuilegio exceptum est, & annotatum ad verbū, vnde descriptum à Mynſ. *lib. 5. obs. 58.* Concludo igitur respectu Comitis & reorū hic accusationi locum esse. So viel den Landtfriedt vnnd Anlagen belangt/ seindt die Caspier nicht eximpt.

An Probata.

REquisita huius actionis pluribus deduxi in hoc ipso 4. Senatu, Anno. 71. in causa Wolffgang. & aliorum Fürsten von Anhaldt/ actorum contra die Grauen von Stollbergk. Reos, & Ann. 073. in causa Röderier contra Meckelburgk/ Et in causa Christoph von Weissenbergk contra olim Henricum/ nunc Julium Hertzog zu Braunschweig. In omnibus autem domini,

vel maioribus, vel cōsentientibus votis, com-
4 probarunt illa ipsa † requisita, de quibus ego. Ostendi autem non præsumptum, sed verum expressum dolum requiri. *Mynſ. cent. 3. obſ. 98.* Nec præsumptiuam, sed euidentem plenam probationem requiri. Quibus adijcio, Gail. *lib. 1. c. 7.* vbi de requisitis agit à *num. 1.* vsque ad *num. 2.* Porro tunc autoritatibus & rationibus ibidem expositis ostendi, non quamuis causam & asininam (vt vulgò loquuntur) & ignorantiam crassam & supinam, sed probabilem, & errorē, ex verisimili, licet nō iusta caussa, sine calliditate tamen. Item imperitiam & iuriscíuilis qualē ignorationem, & à dolo & à pœna doli manifeste excusare. Deduxi etiam,
5 non competere † huius constit. remedium, nisi omnibus requisitis concurrentibus, & si vnum desit, ei locum non esse. Idem Gail. ostēdit *d. obſ. 7. num. 10.*

6 Præterea † nisi accusator factum commissum recte cum cōstitutione de pace publ. pugnare, & vt aiunt, cum omnibus necessarijs qualitatibus confirmatum probauerit, huic constitutioni locum non esse. *Gail. eod. lib. 13.*
7 Nam † iurisdictio nostra fundatur super vel in qualitatibus pacis publ. quibus nisi factū congruat, de quo agitur, deficit nos iurisdictio.
8 *Mynſ. & Gail. dd. locis.* Tū igitur † rei sunt absoluendi, vt ijdem ostendunt. *Mynſ. cent. 2. obſ. 27. & obſ. 98. cent. 4. Gail. d. c. 13. num. 12.* Vt igitur speciem nostram ad hæc accommodemus, etiamsi statuerimus vim commissam esse, à dictis Schützen/ in d. duobus pagis, & ex causa iniusta, quod eis nō licuerit armata manu alienum territorium inuadere, atq; inde incolas vi abducere conari, vt etiam statuamus, culpam ex hac vi ab alijs cōmissam, propterea, quod delicta commissa & à caupone Rückeln & à d. Velten non cōtinentur vnter dē funff-hardt gedingen/ atq; ita sub mero imperio, Neuneckensium; eaq; de causa modum excessum à d. Schützen/ præsertim cum non sit sufficienter probatum d. Hasenclauw à d. Runckeln ita verberatum, vt sanguis ex plaga profluxerit. Id enim tātum ipse Hasenclauw deponit, & vnicus præterea testis de auditu, reliqui vero qui vna adfuerunt conuiuio; testantur, Er habe jhn auff die Brust geschlagen/ da er vber die Banck gefallen/ Nihilominus tamen hæc non sunt qualificata super hac nostra constitutione. Nam etsi iniuste d. Amptleutt & Schützen existimarunt, sibi licere delinquentes adducere adducere, tamen in probabili fuerunt errore, præsertim ad D. Runckel, quod attinet, cum proculdubio D. Hasencla ad eos detulerit, Daß er jhnen geschlagen daß jhm die Nase blutte/ ea plaga affectum, vt inde sanguis promanarit. Porro tum etiam mulctam deberi Neuneckensibus, scilicet, quatuor mensuras vini, à testibus probatum est. Ac licet & vim & culpam commiserint, quod statim eum adducere voluerint, nondū ab illo mulcta exacta, quod in hoc casu fieri debere testes ostendunt, tamē non inde præsumptus dolus arguitur, nedum expressus probatus est. Quin † etiamsi latam
9 culpam commisissent, ex qua dolus præsumitur, tamen non inde constaret de dolo. *Ang. l. illud in pr. gl. liber. caussa l. 2. §. hac actione. ibi gl. verbo non tenebitur, vi bon. rapt. & §. 1. Inſt. eod. Mynſ. obſ. 8. cent. 4.* Quin nec ex vi quidem publica, infertur dolus † manifestus, 10 aut probatur violatio pacis publicæ, *Mynſ. cent. 1. obſ. 40. Gail. d. c. 13.* Cum igitur hoc nostro casu qualitas violatæ pacis publicæ, per quam factum informatur. *l. non ſolum. §. ſed vt probari. No. ap. nunc. Alex. conſ. 82. num. 14. vel 3. Curt. Senior. conſ. 59. num. 7.* non sit probata, quæ fundaret iurisdictionem nostrā, eaque deficiente, etiam ipsa actio non competat, vt alias pluribus ostendi. Concludo accusationem non probatam.

Quid pronuntiandum in hoc puncto Citationis?

Etsi Mynsing. *d. obſ. 98. cent. 3.* ex veteribus annotationibus existimet, Reum à Citatione absoluendum cum expensis, tamen vt ab intentata accusatione Rei absoluentur, & ita obseruatum est per multos annos, vt infinitis præiudicijs ostendi potest, & Gail. aperte tradit. *d. c. 13. num. 12. & 13. arg. l. 1. §. ait prætor vi & vi arm.* Et ita obseruatum sit in hoc 4. Senatu in dd. 3. præiudicijs, & in hac caussa der Herrn von Beuren cōtra Walrachen von Waldeck 7. Octobr. Anno. 62. das Graß belangendt. Item alia 7. Octob. Anno. 69. Belaw wieder Stralsundt. Quanquam vero nonnunquam adiecta fuit clausula reseruatoria, plerumque vero omissa, vt ostendi in voto Anhaldt contra Stolberg/ Et ita obseruatum in caussa Redeier contra Meckelburg/ Et in caussa Knorren contra Westerhagen/ 20. Nouēb. Anno. 66. Et alia præiudicia referuntur à Gail. *d. c. 12. num. 15. & 16.* tamen nō puto hîc locum esse clausulæ reseruatoriæ, licet adiunxerit & adcumularit, etiam alias pœnas ex iure communi in petitione summaria Nam hæc accedunt principali petitioni ex constitutione super banno. Itaque illa † qualitate, 11 qua principaliter nititur deficiente, nec huius, quæ inde pendet, ratio habetur. *Mynſ. obſ. 86.*

Cum

Cum eius culpę cognitio ad alium pertineat iudicem, atq; hic nulla penè qualitas intercesset, qua factum contra d. constitutionem commissum dici possit; secus est si aliqua qualitas eiusmodi interueniat. Nam tunc, habita circumstantiarum ratione, iudex ex arbitrio & prudentia sua, vel banni pœnam in arbitrariam commutare, vel aliam pœnam iuris communis irrogare potest, Atq; huius rei multa extant præiudicia, Alß Weissenburg contra Pfaltz.

Ad expensas quod attinet, licet mihi placuerit in mea sententia, quam dixi, cum de hac constitutione in pleno senatu ageretur, compensandas esse, propter quod litigatores imperitia aduocatorum adducti, seducti potius, super hac constitutione processus petant, tamen & in antiquis & annotationibus a Mynſ. *d. obſ. 27. cent. 2. & d. obſ. 98. cent. 3. Gail. d. conſ. 13. num. 12. & 13.* absolutio fieri debet cum expensis propter defectũ iuris donationis, & qualitatem in hac cōstitutione necessariam non probatam, *secundum reg. communem l. properand. §. fin aut. C. iudic. Hipp. de Marſ. ad Rubr. C. probat. nu. 454.* Inueni tamen in nonullis caussis expēsas compensatas. Pręiudicia recitaui in caussa Anhald contra Stollbergk. In hac vero hypothesi videtur iusta causa esse compensandi expensas, sed & stylus, obseruationes & ius commune sequendum saluo &c.

12

Alter processus est in puncto mandati de restituendo, in quo petit *nu. 4. & 9.* Reos declarari in pœnam mandato insertam scilicet 10 marcas auri. Porro ad petitionem principalem quod attinet, illa locum plane habere non potest, quia mandatum hoc extractum est cum clausula iustificatoria, cuius pœna comparentibus Reis euanescit, & quo ad partem resoluitur in vim simplicis citationis, Atqui in hoc casu nostro Rei comparuerunt, & facti sui defensionem proposuerunt, in art. defenſ. Vnde constat, hoc mandatum resolutum in simplicem citationem, nec eam contumaciam rei commiserunt, vt postea ei mandatum fuisset à iudice. Atque ita ad iudicem quoq;, quod attinet, hoc mandatũ absurdum est: verum quia adiecta est clausula salutaris in meliore forma, etiam potest & debet iudex id remedium actoribus tribuere, quod eis quā maxime vtile est: statuamus igitur, eos ad restitutionem damnorum, vt debeant egisse, ac tum prima quæstio est, *An Abbatissæ & Conuentui ea de clausula hoc remedium competierit?* Ac quidem Clericos mediate imperio subiectos, ciuiliter † ob fractam pacem ad restitutionem bonorum ablatorum & compēsationem damnorũ acceptorum in caussam agere posse, tradit Gail. *18. nu. 1. tit. 1.* quod & quotidie obseruari huius iudicij vsu solet. Ego tamen existimo d. Abbatissimam & Conuētum Reos nostros nō rectè conuenisse ratione resarciendorum damnorum acceptorum. Nam regula illa tum demum † locum habet, cum Ecclesiasticæ personæ solemniter protestantur, se non ad pœnam banni, verum ciuiliter tantum ad bonorũ ablatorum & damnorum restitutionem & compensationem agere velle. *Franc. c. prælatus. homicid. in 6. nu. 6. & ibid. Ancor. nu. 6.* ac consultum † est, vt super hac solenni protestatione Ecclesiastici instrumētum publicum confici curent, *secundum ea quæ not. Gail. d. c. 8. nu. 14.* Tantum vero abest, vt d. Abbatissa & conuentus protestatæ sint, se criminaliter non accusaturos, sed disertis verbis suam accusationem ad vindictam publicā & pœnam banni intentarunt. Adelberg vero licuit, vt principaliter super banno, sic & incidenter, super restitutione damnorum experiri. An huic mandato locus sit? Multum interest, principaliter mandata de relaxando vel restituendo, & similia, an per consequentiam sint decreta, priori † casu etiam sine Citatione olim, hodie vero cum Citatione ad videndum sine clausula etiam decerni possunt. Exemplum habemus in causa der Graven von Manßfeldt contra Marggraff Albrecht zu Brandenburg / & consortes von wegen deß entfürten Jungen Grauen von Manßfeldt. Sic nuper auff den Religion frieden / quæ † constitutio æquiparatur cōstitutioni pacis publicæ, decreta fuerunt sine clausula & sub pœna banni, veluti in causa Ortenberg contra Bayern / 1. 2. 3. mandati auff den Religiō frieden / Item Teutschenmeister contra Anhaldt zu Lattorff auff den Religionfrieden. Sic sub pœna banni euentualiter fuerunt decreta sine clausula mandata in puncto relaxationis in causa Nürmberg etliche gefangene belangendt & Consortes, cōtra Albrechten zu Brandenburg / Anno 59. Et Elisabeth Nepsen eodem die contra eũdem, Item in causa Episcoporum & Nürmberg cōtra Marggraffen Albertum: Hoc autem tum demum procedit, cum factum esse commissum in constitutiones pacis publicæ, aperte & plane constat. Nā cum vel relaxādi sunt captiui, vel restituenda ablata, vel reuocāda interdicta, nō satis cōsulitur implorantib' citatione ex hac cōstitutione, sed mādatis opus est. Porro principalis pœna dd. cōstit. est pœna banni, atq; tum sub ea pœna mandata rectè concipiuntur sine clausula. Atq; hāc sententiam meam pluribus deduxi, quando tria illa mandata decreta fuerunt Ortenberg contra Bayern / Ac in his

13 14 15 16 17

his recte procedi potest, & citatio ad videndum per consequentiam ijs adiungitur, vt & hodie ex constitutione cõuertur spuens, anno 70. est adiungenda. Sic quoq; mandata cum clausula aliquando citationi principali super constitutione solent adijci, quorum non eadem est ratio, nec idem genus. Nam, aut narrata eorundem quoq;, & facta sunt constitutioni pacis publicæ conformia, atq; ita iurisdictionis causa etiã in ijs per se fundata, de quibus Gail. *c. 6. nu. 6. lib. 1.* Et cum in eorum quoq; processu recte procedi & iudicari potest, quæcunq; sit citationis conditio: sic & similia mandata cum clausula adiungi possunt citationi Auff den Landfrieden. Quando rei immediate imperio sint subjecti, & in ijs quoque non habito respectu citationis procedi, & caussa decidi potest. Nam & hæc mandata absque † citatione per se decerni possunt. Iuxta communis iuris regulam, quod † actor rei forum sequatur. Item Gail. *d. c. 6. nu. 75.* In alijs vero casibus quando particulariter citatio Auff den Landtfrieden / Et p consequentiã mandata impetrantur, ego puto cum principalis accusatio in pũcto Citationis non consistit, nec accessoriæ locum esse. *l. cum principalis. R. Iur. c. accessorium Eod. Panorm. si quis contr. for. comp.* Nam in his Iurisdictio nostra nisi intuitũ principalis non est fundata. Vnde propter defectum qualitatis nobis iurisdictionem tribuentis, videtur absoluendus reus perinde, vt in puncto citationis. Ita absolutio in vtroq; puncto facta est in causa Belauw cõtra Stralsundt / Memmingen contra Fürstenheusser. Anno. 42. Hendel wieder Anhaldt / Simon Cappa wieder Wolff Schlegel / Anno. 70. Straßburgk / wieder Heisenstein Anno. 58. Roderer wieder Meckelburgk. 11. Iunij. Anno. 72. Weißberg contra Braunschweigk.

(19, 20)

Nec obstat diuersos processus institui in vtroq; puncto, quia referuntur hi distincti processus ad diuersos fines. Principalis ad pœnam banni; Accessorius ad pœnam pecuniariam. Atq; hæc ipsa pœna pecuniaria argumẽto est illũ processum principaliter super pace publica non esse institutum. Nam ex ea agendum fuisset super pœnas in ea comprehensas, vel ad bannum, vel ad pœnam 2000 marcarum auri, vel coniunctim ad vtrunq;. Nam cumulari posse dubium non est. Porro cum in huiusmodi mandatis accessorijs. *Mynſ. cent. 5. obſ. 78. quam ad verbum descripsit ex antiquis annotat.* litis fit contestatio, videtur Iurisdictio nostra quasi prorogari, atq; idcirco etiam pronunciandum esse super ijs; cætero quin iniuste videtur, vel lis contestari, vel post litis contestationem procedi. Cum defectus † iurisdictionis in continenti videri & approbari possit, id est, qualitas necessaria ex hac constitutione, quæ nostram iurisdictionem fundat, Ac quidem magni momenti est hæc ratio, cũ regulariter exceptiones † peremptorie impediant litis ingressum. Verum vt ex Mynsing. *d. cent. 2. obſ. 27. & obſ. 87. cent. 4.* Et Gail. *obſ. 11. lib. 1. nu. 8. & seqq.* Constat in communis fractæ pacis exceptione peremptorias non impedire litis ingressum sine litis contestatione. 1. Quia ad merita caussæ principalis pertinet, ac regulariter exceptiones † peremptoriæ, quæ pertinent ad principale negotium non impediunt litis contestationem. *Ord. cam. p. 3. tit. 27. §. 1. l. peremptorias. C. sent. resc. non posse.* Ideo nulla qualitas facti ante litis contestat. in huiusmodi casibus admittitur. *Gail. d. obſ. nu. 9.* Deinde ratio habetur tum temporis, tum etiam sumptuum & expensarũ, ne duplici dispendio & sumptibus partes grauentur. *Mynſ. d. obſ. 27. Cent 2.* Ad nostrum vero factum quod attinet, aperte quoq; mandati actores voluerunt fundare Iurisdictionem nostram ex qualitate fractæ pacis, vt ex 1. & 2. art. probatorio in puncto mandati videre licet, ac illa qualitate non probata, Reus est absoluendus. Tantum vero abest, vt damnum datum qualificari possit, ad constitutionem fractæ pacis, vt vix etiam locus sit spolio. Nam ad vinum quod attinet, & panem, & iusculum, videntur ex permissu cauponis, vt aliquot testes deponunt, hæc accessisse, Deinde quod ad mel attinet, non est probatum, id per d. Schützen adsumptum vel effusum, nec vltra vnam mensuram defuit. Deniq; quod ad hæc ipsa damna, & actorũ Abtrag / potuissent ordinaria actione ex iure communi actores experiri, quanquam, vt verum fateor, plures putem impensas & sumptus actores suscepturas fuisse, quam quantum hoc damnum æstimaretur.

(21, 22, 23)

24 Nec obstat † adiunctas quoq; esse alias pœnas iuris communis. Quia vt exposui in causa Weißberg contra Braunschweigk / principali causa non subsistente, & deficiente qualitate constitutionis, nulla aliarum pœnarum communium ratio habetur, sed Reus ab instituta actione in puncto mandati absoluitur. Prounciandum igitur puto in vtroque puncto vt in d. causa Röderer contra Meckelburg / & Weißbergk contra Braunschweigk / absoluendo Reos von angestelter Clage des Landfriedens. Multa enim talia extant præiudicia de expensis, idem statuo, quod ante in puncto citationis, clausulam reseruatoriã volo omittere, ne litigatores nouis litibus onerentur, & alioqui ipso iure, etiamsi non exprimatur hæc clausula, saluæ

uæ sint ordinariæ actiones. Saluo Dominorum iudicio.

Votum D. Monaldis Correferentis.

QVoad procuratoria, & nullitates cum D. Refer. actum ex const. pacis publicæ cõiunctim, tam ad pœnam constitutionis, quam ad reparationem damnorum & interesse, vt ex vtraq; summaria petitione & probatorijs art. 25 videre est, Hocq; seorsim † & coniunctim fieri posse ipsa constitutio de Anno. 21. & 42. & ordin. Cam. *p. 2. t. 9. §. 1.* wir wöllen auch *dicta*, tradit Mynf. *obs. 39. cent. 2. & obs. 34. cent. 4. & obs. 98. cent. 3. Gail. obs. 6. & 7. lib. de pace* 26 *pub.* Licet seorsim † ad damnum vel spolium agens ex d. constitutione, non minus qualitates fractæ pacis probare debet ac si ad pœnam cõstitutionis ageret, alioqui censeret simplex 27 spolium, quod coram † competenti & ordinario tractatum est. *iuxta ordin. p. 2. tr. 28. per tot.* Rectius vero in puncto citationis ad vidẽdum quis dixerit, esse accusationem quam actionem, quia popularis est, & ex illa constitutione omnes admittuntur, *dd. l. 1. iniur. Mynf. d.* 28 *obs. 34. cent. 4.* Quo † ad requisita 1. Vis publica & maior, quam cui resisti possit. 2. Vis armata contumacibus hominibus. 3. Dol' verus ex proposito. *Gail. lib. 1. obs. 7. nu. 4. & 23.*

An probata hæc requisita?

COncludo non esse probata, nec quidem factum ipsum, prout narratur, tale esse, vt per id publica pax frangi possit, ideoq; non 29 probata † qualitate pacis publ. Reos absoluẽdos ab instituta accusatione cum expens. Et licet Mynf. *obs. 27. cent. 2. Idem. 98. cent. 3.* vtrobiq; in fine, hoc casu Reos à citatione cum refusione expẽsarum absoluerit ab instituta accusatione, prout not. Gail. *lib. 1. c. 13.* Quod ad punctum mandati, ad hunc allegatur *obs. 6. lib. 1. de pac. publ.* Plane in hoc puncto actores informiter, non reparationem damnorum, sed Reos in pœnas mandato insertas declarari, & eius medietatẽ sibi adiudicari petierunt, prout patet in petitione summaria. Apparet vero hoc mandatum cum clausula iustificatoria decretum esse, vt in caussis fractę pacis fieri solet, 30 cuius clausulæ effectus est vt † comparitione partis tale mandatum in vim simplicis citationis resoluatur. *Bartol. l. 1. C. execut. rei iud. Gail. l. 1. obs. 5. nu. 19.* Itaq; vel ex hoc solo capite posset quis dicere, Reos in hoc puncto esse absoluendos.

Neque enim in articulis probatorijs de restituendo articulatim & distinctim, ponitur, prout debebat, quæ & qualia damna illata sunt. Cæterum ex clausula salutari quia ad ipsum ex articulis probatorijs in puncto citationis aliquatenus articulatũ est art. sc. 13. Daß Er dem Wirtt sein Weinfaß angestochen/ den Wein/ Brodt/ vnndt andere verschleifft/ verzehrt/ videndum an rei ad reparationem damnorum actoribus teneantur, vbi prius inquirendum est, an quod damna Reis ab actoribus illata sint, probatum sit? Et dico quod non. Quinimo Runckelmet, cui articulata & damna illata sunt, vtrobiq; rotunde deponit, daß er jhnen hatt auffthun lassen/ daß der hafe mit Honig zubrochen worden/ & quis hoc fecerit, probatum non est, habe jhnen Wein vnd Brodt angebotten. Huic suffragantur ancillæ & aliorum depositiones, alioqui in hoc puncto vellem absoluere Reos. Actore enim non probante Reus absoluitur. In hoc puncto vellem expensas compensare magis ex æquitate, quã ex rigore iuris, quod & videam aliqua damna esse illata. Quo ad formã cõmitto *Dem Rechten.* Saluo &c.

Votum D. Frantz.

COncludo in vtroque puncto cum DD. Ref. Quoad expensas malim cum Domino Correfer. si fieri posset, compensare ex æquitate.

Votum Dn. Eberbach.

ACtore † non probante, in Expensis idem 31 condemnari debet, igitur nostros actores in eis condemno, cum DD. RR. in reliquis punctis.

Votum D. Schildtmann.

QVanquam ab initio offendebatur, quod Domini dicerent, caussam huc non spectare propter qualitates non probatas, tamen ab actione Reos absoluendos: quippe cum ita videatur præclusa actio iniuriarum, *iuxta l. in fundum. Re iud.* Cum tamen ex diuersis præiudicijs à d. Ref. enumeratis, & ita stylum Cam. reperiam. Deinde non simpliciter absolutio, sed cum additamento ab instituta actione, quæ cum sit super fracta pace. Est enim relatum à Ref. Et paria sunt, aliquid † per se ex- 32 peditum esse, aut per aliud. *l. in summa Re iud.* non esse video, quare dominorum votis non acquiescam. Quantum ad expensas, quandoquidem effectum iurisdictionis non fundatum pronunciauero, vereor, vt actores condemnationem expensarum possint euadere.

Votum D. Rathgeb.

QVo ad punctum Citationis vel causam principalẽ, puto rẽ esse extra dubiũ, atq; ideo

ideo cum DD. Refer. Quo ad punctum mandati attinet, in hac hypothesi similiter cum dominis RR. concludo. Actores stricto iure condemnandi veniunt. Sed si Domini volunt compensare, non refragabor, quia putarem hosce processus decernendos non fuisse.

Votum Dn. Wolgemut.

COncludo in vtroq; puncto Reos absoluendos ab instituta accusatione. Quoad Expensas libenter compensarem: Sed video id fieri non posse.

Votum D. König.

COncludo per omnia cum DD. RR. postea quam omnes vnanimi cōsensu constituerint, Reos absoluendos, nec simus in vera hypothesi fractæ pacis. Et in puncto restituendi ablata, cum nihil ablatum constet, sed quicquid insumptū, ex liberalitate Kunckels/ qui capi debuerat, consumptum fuisse, aliâs non potuissent à communi ac vsu in puncto mandati recessisse, in quo ita conclusum, licet non simus in fracta pace fundati: nihilominus si actor habeat intentionem, in puncto mandati fundatam, pro illo pronunciandum foret. Saluo &c.

Sententia.

JN angemaster Landtfriedt brüchiger Aptyssin Priorin vnndt Convent zu Silberbach/ Auch Weylandt Herr Christoffs/ H. Ludwig vnndt Christoffs Grauen zu Eidelberg/ Clägerin eins/ wieder die Amptleutte gemeiner Herrschafft zu Neuneck/ beclagte anderstheils/ Citationis vff den Landfrieden. Et mādati de restituendo, ist allem vorbringen nach zu Recht erkandt/ daß gedachte Beclagte von angestälter Clagen zu absoluiren vnnd zu erledigen seyn. Als wir'sie auch hiemit absoluiern vnndt erledigen/ ermelte Cläger im die Gerichtscosten derwegen auffgeloffen/ jhnen den Beclagten/ nach rechtlicher Ermessigung zu entrichten/ vnnd zu bezahlen fällig vhrtheilendt.

DEC. I. VOTVM V.

In Caussa Peters von Marpurg/ *Contra* Adolff Hulfferig/

Fractæ pacis publicæ.

SVMMARIA.

1. *In maleficio etiam ministerium & adiutorium spectatur.*
2. *Voluntas & propositum distinguunt maleficia.*
3. *Iudex in pœnalibus mitiorem viam sequi debet, maxime in criminalibus, quando de vita agitur.*
4. *Innocentiæ fauor tantus est, vt eius nomine admittantur domestici & minime legales testes.*
5. *Nocentem in pœnis melius est absoluere, quā innocentem condemnare.*
6. *Quilibet censetur non immemor salutis suæ.*
7. *Negatiua simplex, mera, non satis arctata loco & tempore, non est probabilis, & reddit attestantes suspectos de falsitate.*
8. *Testes non debent deponere nisi super his, quæ percipiuntur per sensum corporis.*

IN NOMINE Domini. Amen.

ACTVM ex constitutiōne fractæ pacis ad vindictam. Tota causa in facto consistit. Quo ad Adolff. Hulfferig, concludo, tam ex propria ipsius confessione, quam omnium testium dictis, actionem intentatam clarissimè probatam esse. Quo ad Craffteimern, similiter concludo, quia vna cum d. Adolpho præparatus venit, & conscientiam facinoris perpetrandi habuit, neq; eum excusat, quod de equo non descenderit, quia sufficit † quod ministerium & adiutorium præbuerit, *arg. l. in fundi. furt. §. interd. ob l. qua ex q. dele.* Quia † voluntas & propositum distinguunt maleficia. Concludo itaq;, omnes in pœnam publicę pacis violatæ condemnandos. [1] [2]

Maior dubitatio est de Cuntz Hiltenbrand an criminis & homicidij perpetrati conscius fuerit? Actoris testes deponunt, vno veluti ore omnes, ipsum interfuisse homicidio, atque adeo eius autorem fuisse. Reorum vero testes ex dia-

ex diametro contrarium deponunt, scilicet non interfuisse. Ita 1. testis nobilis ipsum tota ea die in suis actibus *zu Mombach* fuisse. Sic 10. 11. 12. deponunt de visu, reliqui omnes de auditu. Si igitur numerum testium attendamus, vincit Reus Hildenbrandt, quia pluribus testibus suam innocentiam probat, si rationē dicti, vincitur à testibus actoris, sed quia non magis pro delicto, quā innocentia præsumendum, & iudex † in pœnalibus mitiorem viam sequi debet maxime in criminalibus, quando de vita agitur. *Dec. l. factum. §. in pœnalibus R. Iur. l. resp. pœn.* Ideo in hac contrarietate testium non volo nominatum Reum absoluere, aut in dubio innocentem condemnare.

3

Sed ut D. Ref. iuramentum purgationis deferre, idq; fauore † innocentiæ, qui tantus est, vt eius nomine admittantur testes domestici & minime legales. *l. absentem, ff. de pœnis. Dec. in leg. fauorabiliores. C. de absolut. innocentis, vers. 2. quaero &c. l. etsi nihil. nu 3. de Reg. Iur.* Vbi multa de fauore innocentiæ. Et in pœnis † melius est nocentem absoluere, quam innocentem condemnare. *l. absentem pœn. Dec. l. fauorabiliores. nu. 6. R. Iur. Hippol. d. Marsl. vnius. §. cognit. n. 46. quæst. Hipp. de Marsl. vnius. §. cogn. nu. 46. & seq. quæst.*

4 5

Nec mouet me periurij metus, quia pro eo non est præsumendum, cum † quilibet censeatur nō immemor salutis suæ. Illud tamen negare non possum, fortissime obstare negatiuā, de qua in præsenti agitur, nō esse satis coarctatam loco & tēpore, quo casu simplex † negatiua non est probabilis. *l. actor. C. probat l. 2. ff. C. eod.* Et vtrobiq; elegans gl. & DD. Hinc Dec. *cons. 649. n. 15.* consulit testibus, vt tanquam ab igne caueant, ne attestentur meram negatiuā, quia reddunt se suspectos de falsitate. Et est ratio, quia testes non debent † deponere, nisi super his, quæ præcipiuntur p sensum corporis. *l. testium C. test. Lanfrāc. c. quorsum. nu. 14 c. cum seq. probat. Alex cons. 136. vol. 1.* Quibus hic in dubio oppono fauorem innocētiæ. Et quod tota probationis materia committatur arbitrio Iudicis qui testibus etiā plenè probantibus potest, si vult, non adhibere fidem. *3. de test.* Item, quod Iudex ad vnam speciem non alligetur, *vt latius deducit Dec. cons. 510. num. 1. Paris cons. 107. nu. 48. vol. 1.* Multū igitur refert fauorabilem habere iudicem. Quare cōcludo, vt supra Hildebrando iuramentum purgationis deferendum.

6 7 8

Saluo, &c.

DEC. I. VOTVM VI.

In Caussa Herrn Philips Grauen zu Igelßheim/
Contra
Die von Beueren.
Fractæ pacis publicæ, Vff den Landtfrieden.

SVMMARIA.

1. *Actionis ex constit. fractæ pacis requisita quæ sint in puncto citationis & mandati.*
2. *Pignoratio non potest, nec debet fieri in loco alieno sed suo.*
3. *Actum illicitum quoties quis explicat, eo ipso censetur esse in dolo manifesto.*
4. *Violentia ex proposito in alieno territorio cōmissa, cum sit de genere prohibitorum, & contra ius naturæ, dolum manifestum coarguit.*
5. *Caussa qualibet iniusta, fatua & temeraria excusat a dolo.*
6. *Voluntas & propositum distinguunt maleficia.*
7. *Ignorantia pignorati eodem iure vtentis contra pignorantes, existimans sibi hoc licere iure defensionis, a dolo excusat, & per consequens à pœna capitali liberat.*
8. *Homicida non omnis de iure ciuili dignus est morte, sed solum is, qui dolo facit, & qui animum committendi habet, licet culpa non careat. Nec dicitur omnis incidisse in constit. fractæ pacis, si non adsit dolus, propositum & armata manus.*
9. *Homicida fortuitus & præter opinionem non incidit in pœnam l. Corneliæ, sed in pœnam extraordinariam arbitrio iudicis. & nu. 11.*
10. *Dolus quoties in delictis requiritur, ipso deficiente non committitur delictum.*
11. *Actio ex constitut. fractæ pacis vt competat, quæ requirantur.*
12. *Arma omnia ea dicuntur, quibus nocetur.*
13. *Constitutio fractæ pacis nullam excusationem admittit, nisi defensionem coactam.*
14. *Factum sine vlla qualitate probare non sufficit.*
15. *Confessio qualificata, vt, feci, sed ad mei defensionem, est magis negatiua, quam affirmatiua confessio.*
16. *Confessio qualificata, confitenti non praeiudicat, sed perinde habetur, ac si negatum esset.*
17. *Occidens aliquem in dubio præsumitur fecisse ad sui defensionem.*

IN

IN NOMINE Domini. Amen.

DVÆ sunt actiones propositæ. I. Accusatio est ex constitutione fractæ pacis. II. In puncto mandati de restituendo ad pœnam mandati soluendam. Quæ sint requisita vtriusque actionis. Concludo cum 1 Dn. Ref. tria sc. esse in puncto citationis † vis maior, armata manus, dolus ex proposito. Duo autē in puncto mandati, mādatum & paritio. Quo ad punctum citationis attinet, concludo, factum, de quo principaliter in 7. 8. & 9. art. tam confessione reorum, quam depositionibus testium, quo ad ablata pecora probatum. Quare consentaneum esse videtur, reos incidisse in pœnas fractæ pacis. Videndum igitur de elisione.

Omnis autem reorum defensio consistit in pignorationis quodam iure, ꝙ sc. non animo frangendi pacē publicā, sed abigendi pecora in modū pignorationis cum armatis hominib⁹ ad pagum Haussen. primo diluculo venerunt. Quæ quidem allegatio & defensio potissimū duabus de caussis irreleuans esse videtur, tum quia defens. articuli, in quibus prætensa illa pignoratio articulatim deducitur, per sententiam hic in caussam reiecti sunt, tum etiam, 2 quia † pignoratio non potest, nec debet fieri in loco alieno sed suo: Et fateor esse prorsus alienum & in quo nihil iuris prætenditur in casu nostro Kalbachensis sciuerunt pagum Haussen immediate cum omni iure ad actorem sine controuersia pertinere, ex quo etiam dolus eorum satis arguitur. Nam quoties quis 3 explicat actum † per se illicitum, eo ipso censetur esse in dolo manifesto, de quo *l. dolum C. dol.* Nunc in præsenti talis violentia ex propo-4 sito, † in alieno territorio commissa, cum sit de genere prohibitorum & contra ius naturæ dolum manifestum coarguit. *Alex. cons. 103. nu. 13. vol. 1. Fel. c. in præsentia. nu. 13. probat.*

Itaque stricta iuris ratione Rei in pœnam fractæ pacis declarandi essent secundum sententiam D. Referentis. At quoniam quælibet 5 iniusta causa † fatua & temeraria excusat à dolo. *l. 1. & ibi gl. Abig. l. plagij. 13. & ibi gl. C. ad l. Fau. de plag. Ias. l. iuste possidet. nu 31. acquis. poss.* Et homicidium non ex proposito commissum, sed præter opinionem, non excusandum, sed pœnam fractæ pacis in pecuniariam. (quod licet, vt in cōstitutione fractæ pacis fit) commutandam cum D. Ref. censeo, volun-6 tas † enim & propositum distinguunt delicta. *l. qui iniuria causa fuit.* Neque enim existimo, hoc factum adeo esse contra ius naturæ, vt d. iuris theoretica quod quælibet causa excuset à dolo &c. hic locum habere non posset. Nam si † pignoratus eodem iure contra pignorantes 7 reos vteretur, existimans sibi hoc licere iure defensionis, talis ignorātia iuris etiam à dolo excusaret, & per consequēns à pœna capitali liberaret. *Bald. cons. 9. nu. 3. vol. 1.* Nec mouet me, homicidium perpetratum, quia de iure ciuili nō omnis homicida † dignus est mor-8 te, sed solum is qui dolo facit, & qui animum committendi habet, licet culpa non careat. *l. 1. §. Diuus. ad l. Cornel. de sicar.* Sic etiam non omnis homicida dicitur incidisse in pœnam constitutionis fractæ pacis, si non adsit dolus, propositum, & armata manus. Potest quis pacem publicam frangere absque homicidio. Contra vero homicidium committere etiam potest quis, vt tamen non frangat pacem publicā. Exempla in Camera quotidiana sunt *fac opt. text. l. 3. in f. de vi & vi arm. Qui armati venerunt,* inquit textus, *etsi non armis vsi sunt.* Cū igitur hic constet ex depositionibus testium, Reum non accessisse ad pagum Haussen animo committendi homicidium, sed tantum abigendi pecora, non † ex l. Cornelia punien-9 di sunt, sed alia pœna extraord. arbitrio Iudicis. *Bald. l. data opera. n. 7. & 8. C. qui accuss. poss. gl. & DD. l. respiciend. §. deliq. poen.* † Nam quo-10 ties in delictis dolus requiritur, ipso deficiente non committitur delictum. *l. inter omnes 47. §. recte & l. si falsus 44. §. qui alienum fuit.* Ergo si in homicidio non interuenit † dolus, licet 11 præter opinionem sequatur, cessat pœna ordinaria. *l. Cornelia & deuenitur ad extraordinariam* arbitrio iudicantis. *Bald. d. l. data opera. d. l. 1. §. diuus. ad l. Corn. de siccar.* Concludo in puncto citationis, Reos in pœnam pecuniariam condemnandos. In puncto mandati concludo, similiter cum DD. Referent. paritionem iniungendo cum refusione expensarum.

Sententia definitiua publicata 28. Iunij. Anno. 60.

IN sachen Jgelßheim & Consorten, wieder Kalbachenses fractæ pacis, ist allem furbringen nach zu Recht erkandt/ daß auß bewegenden Vhrsachē die gedachte Beclagten/ in die gmeine Poen des Keyserlichē Landfriedens nēlich der Aacht nitt/ sondern vmb jhr angezogene vnndt geübte verhandlung willen/ dem Kay: Fisco vnnd ermelten Clägern in ein Geldt Poen/ die vff 40. Marck Löttigs golds hiermit gemessigt zu erclären vnd zu verdammen seyn. Als wir sie darzu auch hiermitt erclären/ vnd verdammen/ vnnde erkennen/ daß sie den halben theil ermeltem Fisco, vnd den andern halbentheil berür-

tem

tem Grauen vnd halb den Dorffleuten zu Haussen / darzu die Gerichtscosten derwegen aufgelauffen / vff rechtliche Meßigũg zu entrichten vnd zubezahlen schüldig seyn. Ferner zwischen ermelten Partheyen in puncto mandati, ist gleichfalls allem fürbringen nach zu Recht erkandt / dz gedachte Beclagten in die Poen außgangens vnnd wieder einbrachtes Mandats noch zur zeit nicht zu erkleren / sondern demselben in Zeit 6 Wochen / dem nechsten so jhm von Ampts wegen hiemit angesetzt / bey Poen dahin bestimbt / mit würcklicher Zustellung des abgenominenen vnd entwändten Viehes / oder des billichẽ Werths darfur / sampt derowegen erlittenen schadens vndt interesse nachtmals zu gehorsamen vnnd zugeleben / darzu jhren gegentheil die Gerichtscosten derohalbẽ auffgelauffen / nach rechtlicher Meßigung zu entrichten vnnd zu bezahlen schüldig seyn sollen.

Ex voto Domini Referentis in causa Igelßheim *contra* Kalbach.

VT actio † ex constitutione fractæ pacis competat, tria requiruntur. I. Quod sit facta impetu maiore, cui vix resisti possit. II. Quod vis cum armatis facta sit, vt in textu cõstitutionis, ibi *gevvehrter handt, fac. l. 3. l. si quis aliquem, ad l. Iul. de vi publ.* Arma † autem omnia ea dicuntur, quibus nocetur. *l. 3 de vi & vi armata.* III. Quod vis dolo fiat, vt habet constitutio *freuentlich. Ias. in l. in actionibus. de in lit. iur. Ang. in l. si quisquam domo. de furt.* Quod ad actionem Mandati requiruntur duo, Mandatum scilicet & paritio, *Bart. & Alex. in l. 1. §. fin. si quis ius dicenti non obtempera.* Constitutio nostra † nullam excusationem, nisi defensionem coactam admittit. Ibi, Aus einerley Vrsachen wie die Nahmen haben mögen / sed vnumquemq; ad viam iuris remittit. Atq; hæc defensio debet euidentissime constare, proponens factum qualificatum, debet non solum factum, sed etiam qualitatem facti probare, quia † non sufficit factum † sine illa qualitate probare *l. prætor ait. §. docere. l. Fulcinius. §. cum autem, vbi gl. ex quibus causis in poss. eatur. Schurff. cons. 12. Cent. 2. Dec. cons. 261. vol. 1. Alex. cons. 82. vol. 3. Castr. in l. 2. C. ad l. Iul. de vi publ.* Item qualificata † confessio: vt *feci, sed ad mei defensionem*: est confessio magis negatiua, quam affirmatiua. *Bald. in l. nec codicillos, vbi Salic.* Nec † confitenti præiudicat, sed perinde habetur ac si negatum esset, *Bart. in l. cum de indebito. de prob. Ias. in l. 1. C. de furt.* vbi dicit, quod ad euitandam pœnam homicidij non sufficit, quod vnus probaret, quod fecit ad sui defensionem. Idem tenet *Ias. in l. vt vim,* vbi declarat, an reus debeat articulare & probare necessariam defensionem. Et concludit, quod † in dubio præsumatur fecisse ad sui defensionem, *And. Gail. obs. 106. lib. 2.*

DEC. I. VOTUM VII.

In sachen Syndici des Plegern / Bürger vnnd Ratht der Stadt Mehrburg / Wieder Starckenburgische Furstliche Landtschafften.

Appellationis extraiudicialis in puncto turbatæ possessionis. De Collectatione Forensium.

SUMMARIA.

1. *Appellatio extraiudicialis intra decendium à die grauaminis illati introducenda est, perinde ac iudicialis, alias fit deserta.*
2. *Appellatio metienda ex conclusione libelli.*
3. *Narrata & conclusio libelli si possessorium decernunt, tunc sine vllo dubio requiri non nequit possessorium.*
4. *Quod ampliatur adeo verum esse, vt si adijciatur clausula, ius & iustitiam administrari, illa aliam actionem producere non possit, quam ex narratis colligi potest.*
5. *Spolium dici non potest, licet rei fructus perceperunt, sed turbatio.*
6. *Auferent aliquid meo de more, non me spoliat, sed turbat.*
7. *Spoliatio rerum incorporalium vere nulla fit.*
8. *Interdictum vtile succurrit pro iure collocandi, & huiusmodi iuribus & eorum turbatione.*
9. *Interdicti vtilis requisita si omnia adsunt, motum esse possessorium dubium non est.*
10. *Proprietatis in libello narratio non vitiat possessorium.*

11 *Verbum restituere tam possessionem quam proprietatem respicit.*

12 *Actores non videntur aliquid intentare voluisse, quod maius est illis, praeiudicij.*

13 *Vsus in interdicto vtili pro possessione incorporali habetur.*
In interdicto vtili probanda veniunt vsus & patientia adversarij.

14 *Ius incorporale sine exercitio & vsu acquiri non potest, & quando pro acquisitione capitur, est facti, non iuris.*

15 *Munerum ciuilium triplex differentia.*

16 *Colligendi ius quibus competat.*

17 *Colligendi ius quibus imponatur.*

18 *Collecta etiam forensibus ex consuetudine imponuntur & 47. & seqq. & 66.*

19 *Forenses si collectas ratione possessionum soluere, stante consuetudine, recusent, domini locorum vtantur iurisdictione sua contra ipsos, & sequestrentur fructus, & pignora, poenam & mulctam imponant, etiam sub amissione rerum.*

20 *Bona non soluentis collectas per occupationem distrahuntur ab exsecutore fisci.*

21 *Debitores collectarum in carcerem detrudi non debent, sed detineri in custodia & nu 52.*

22 *Concesso principali concessum quoq; id, quo peruenitur ad illud.*

23 *Praescriptio 10. annorum, dicitur antiqua, maxime si accesserit actuum frequentia.*

24 *Regalia habens, habet ius imponendi collectas & nu. 48. & 68.*

25 *Possessio libertatis ex praesumptione iuris sine facto hominis minime probari potest. & nu. 28.*

26 *Possessio nihil aliud est, quam vsus & patientia.*

27 *Bona in dubio praesumuntur libera.*

29 *Bona vicina & in eodem districtu iacentia esse diuersa naturae & qualitatis, quoad praestationes & onera, vix est verisimile, nisi per allegantes probatum fuerit.*

30 *Vnus solus de vniuersitate recusare non debet, quae alias alij sustinent.*

31 *Nemo debet grauari duplici onere.*

32 *Libertas non soluendi collectas an acquiratur ex non vsu taliandi centum annorum.*

33 *Taciturnitas & solutio taliarum soluenti praeiudicat, & talis solutio videtur venire ad confirmationem eius, quod agitur, & tacens in sui praeiudicium consentire.*

34 *Maior pars quod fecit in his, quae pertinent ad plures, vt ad singulos, praeiudicat parti minori.*

35 *Missiua tanquam scriptura priuata nihil probant.*

36 *Contradictio collectas soluere recusantis, fieri oportet coram superiore habente potestatem, vt reprobetur consuetudo.*

37 *Possessio vbi nulla, ibi non est turbatio.*

38 *Testis pauper, vita honesta & integra est idoneus ad testificandum.*

39 *Subditus potest esse testis in caussa dominorũ, relaxato tamen iuramento, si non sentiat priuatum commodum ex depositione.*

40 *Testimonium in petitorio requiritur magis exactum, quam in petitorio.*

41 *Homo proprius non potest testificari pro domino suo, nisi in caussa* der Landschafft.

42 *Soluens collectas de bonis sitis in vno loco, nõ tenetur easdem soluere alibi de ijsdem bonis.*

43 *Res eadẽ in diuersis locis aestimari non debet.*

44 *Onere duplici pro eadem re, quis grauari non debet.*

45 *Collectae personis pro rebus imponi solitae, & sic pro munere mixto, subditis & incolis, non autem forensibus indici possunt.*

46 *Collectae sunt odiosae, quia afficiunt praedia, quae sunt libera.*

47 *Confessio propria satis probat.*

49 *Praedium vbi situm, ibi onus sustinere debet.*

50 *Mulieres in locis, in quibus bona possident munus reale subire adstringuntur.*

51 *Soluens collectas metu carceris nihil sibi praeiudicat.*

53 *Ius collectae est merae facultatis, ideo non praescriptibile.*

54 *Collectas non exigens per 100 annos, non perdit illud ius: secus si exigat & subditi soluere recusarint.*

55 *Ratihabitio retrotrahitur & mandato aequiparatur.*

56 *Aes alienum ob bellorum difficultates contractum caussa est legitima collectas imponendi.*

57 *Libri ex archiuo ꝓducti magnã fidẽ obtinent.*

58 *Fides, quae non omnibus requisitis numeris constat, nihil releuat.*

59 *Scriptura ex archiuis depromta, etiamsi authentica non sit, tamen probat in casu collectarũ.*

60 *Praescriptio decem annorum collectarum solutarum, parit ius collectandi.*

61 *Actione & petitorij & possessorij in iudicium deducta, super vtraq; est ferenda sententia, ne continentia caussae diuidatur.*

62 *Possessorium prius expediendum, quam petitorium.*

63 *Iudici limites libelli transilire non licet.*

64 *Narrata atq; in processu deducta ad libelli conclusionem reuocari debent atq; restringi.*

65 *Possessorio agenti incolume seruatur petitorium.*

67 *Forensis vt collectis grauetur aestimum consideratur, & sufficit si bona ipsius sint registrata in libro communi.*

69 *Duces Bauariae ante 200 annos per ditiones suas collectas exegerunt a subditis.*

70 *Iuductio est generale nomen continens annonas & tributa.*

71 *Anni quãdo per indictiones numerari coepti.*

72 *Munera patrimoniorum triplicia, & quibus imponi solita.*

73 *Constitutionum aliquot imperij declaratio.*

IN NO-

IN NOMINE Domini. Amen.

MANDATA procuratorum puto sufficientia. Processus ritus & legitimus, iurisdictionem puto satis fundatam: quia per appellationem ad Cam. est deuoluta, nec partes quicquam exceperunt, procedendo vsq; ad conclusionem, & sic iurisdictionem satis fundarunt. Formalia iusta.

Licet enim Mehrburgenses à decreto iudiciali appellarunt, tamen † extraiudicialẽ appellationem intra decendium à die grauaminis illati, & sic intra terminum iuris introduxerunt, alias fuisset deserta, perinde ac iudicialis appellatio. *Franc. c. bona memoria n. 24. Appel. Gail. lib. 1. obs. 120. n. 3.* Concludo recte admittendam esse appellationem. (1)

De Actione.

ACtionem † metiendam ex conclusione libelli. *Angl. §. om. iust. act. Schurff. conf. 81. cent. 1. Gail. obs. 61. lib. 1. nu. 6.* Si autem libelli petitio inspiciatur, possessorium institutum puto. Indubitati enim iuris est, quando tam † narrata, quam conclusio possessorium decernunt, quod tunc sine vllo dubio requiri nequeat possessorium motum. *Bartol. & DD. l. certi condictio in pr. si cert. pet. Alex. conf. 117. nu. 1. lib. 2.* Quod † adeo verum est, vt si adijciatur clausula, *ius & iustitiam administrari*, quod illa aliam actionem producere non possit quã ex narratis colligi possit. *Menoch. remed. 15. recuper. nu. 250. Ferrar. sub for. spol. possess.* Licet † rei fructus perceperunt, tamen illud dici non potest, esse spolium, sed turbatio. *Menoch. d. rem. ret. nu. 482.* Vnde † si quis de more aliquid meo auferat, non me spoliat, sed turbat. *Menoch. d. rem nu. 84.* Et rerum † incorporalium nulla spoliatio vere fieri potest. *Menoch. rem. 1. recuper. nu. 83. Couar. l. nu. C. de moment. poss. limit. 2 §. 1. a nu. 39 vsq; ad 49.* Concludo igitur, solo interdicto vtili vel quasi vti possidetis esse actum. Vtile enim interdictum * succurrit pro iure collectandi, & huiusmodi iuribus & eorum turbatione. *Bald. l. nu. C. vti possid. contrad. d. l. nu. in ampliat. nu. 59.* Nam tria petunt, quod desistant nimirum à turbatione, & reliqua requisita, quæ ad hoc * interdictum sunt necessaria. *Franc. in rep. rubr. de propriet. & poss.* Vnde cum illa omnia adsint, possessorium motum, non est dubium. *Menoch. d. rem. 10. recuper. nu. 11. contra quæst. 13. petitorium quid. nu. 16. fol. 290.* (2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9)

Non obstat, quod in libello mẽtio sit facta proprietatis. Id enim videtur factum ad colorandum possessionem, & sic non principaliter sed accidentaliter. *Cont. limit. 2. §. 7. n. 15. & d. limitat. §. 1. n. 33. Bald. l. incerti C. interd.* Narratio * proprietatis in libello nõ vitiat possessorium. *Alex. conf. 107. lib. 2. nu. 2. Crauet. conf. 279. nu. 5.* Vbi super possessorio conclusum, proprietatis ratio habenda non est. Præterea hic non est principaliter conclusum ad restitutionem, sed potius ad retentionem possessionis quasi libertatis, & verbum * restituere ad vtrumq; referri potest, non propterea dicitur petitorium institutum. Sed diuersum est in casu nostro, quia conclusio solum possessorium respicit. Nec obstat clausula salutaris, quia non videntur actores velle aliquid * intentare voluisse, quod maius est illis, præiudicij. *Alex. lib. 3. conf. 38. & conf. 105. nu. 9. eod. lib.* (10, 11, 12)

An probata?

DVo in hoc interdicto probanda veniunt, vsus & exercitium libertatis, & patientia aduersarij, qui vsus * pro possessione hic incorporali habetur. *Bartol. l. 3. vti possid.* Et patientia aduersarij requiritur. *Alex. conf. 131. col. pen Crauetta. conf. 111. nu. 2 p. 1. Chassan. rubr. 13. §. 2. nu. 19.* Quod nimirum requiratur contradictio. *Menoch. d. rem ratam. num. 147.* Adeo quod ius * incorporale sine exercitio & vsu acquiri non possit, & quando pro acquisitione capitur, est facti non iuris. *l. possessionem, acquir. poss. Couarr. 2. p. relectionis. C. possessor. nu. 1. R. iur. in 6. Corre. conf. 81. p. 2.* Alterum requisitum turbationem ponit, *Menoch. d. rem. retin. nu. 467.* (13, 14)

De possessione collectandi.

PRimum videtur agendum de muneribus. *Gail. lib. 2. Obs. 52. nu. 3.* Munerum ciuilium * triplicem differentiam ponit Remigius *remis. tr. de charitatiuo subsidio. quæst. 74. fol. 192. vers. collectæ differũt.* Puto mun' extraordinariũ esse, cum non expectet reiterationem. (15)

Quibus † competat ius colligendi? (16)

1. Principi. *Sal. l. vectigal.* 2. Ciuitatibus, quæ non recognoscunt superiorem. 3. Priuilegio princeps populo concedere potest. *Bart l. ambitiosa. Decur. non ab ord. faciendis. Nicolaus Vesta de collectis. p. 2. c. 4. nu. 46. & seqq.*

Quibus † imponatur? (17)

GAil. *d. loco. nu. 11.* duas conclusiones de de eo ponit. I. Non solum subditis & incolis municipibus, sed & forensibus ordinarium munus imponi posse. Ratio, quia talia munera rei propriæ cohærent.

II. Conclusio, quod munera extraordinaria collecta, tunc subditis & incolis imponi possunt. Si ergo non sunt subditi, imponi non possunt. *Gail. d. loco. Schurff. cõs. 69. n. 26. cent. 1.* Limitatur autẽ hæc conclusio, si aliud consuetudine introductum non sit. Valet consuetudo, vt * collectæ forensibus imponãtur. *Mynf. cent. 5. obs. 22. Bellonus conf. 12. nu. 13.* Et ideo si forenses recusant, stante tali consuetudine, (18)

19 soluere † collectas ratione possessionum, possunt domini locorum vti iurisdictione contra ipsos sua, & sequestrari fructus, & pignora, pœnam & mulctam imponere etiam sub amissione rerum. *Crauett. d. consf. 111. nu. 1. p. 1.* Imo bona † non soluentis per occupationem distrahuntur ab executore fisci *Nicol. Vesta. p. 2 c. 3. nu. 10 & seqq.* Hinc detinentur debitores collectarũ † in custodia, in carcerem vero minimè detrudi debent, *Vesta. d. tr. p. 3. c. 1. nu. 14. & seqq.* Quia † concessa potestate colligendi, concessa est etiam potestas exigendi collectas forensibus, & illas exigendi præscriptio † 10. annorum, quia talis præscriptio antiqua dicetur. *In d. de loco Mynf. de. cent. 5. obs. 22.* maximè, quãdo accesserit actuum frequentia, imò boni actus sufficiunt. *Rauen. de consuet. facti nu. 5.*

24 Qui † habet regalia, habet ius imponendi collectas. Reis autẽ nostris & cõpetere ius exigendi, quia regalia habent, & ex cõsuetudine Germaniæ ipsis competit, ꝙ de iure verũ. *Bald. c. n. 2. quæ sint regal n 6.* Cardo autẽ in eo versat, an Rei ad contradictionem sibi factam patientiam præstiterint? Et certè quidem hanc patientiam probant nec vllis testibus.

Nec obstat pro actoribus, quod omnia bona sint libera, *Guid. Pap. decis. 28. ad f. Idem consf. 9. nu. 8. consf. 91 n. 2.* Putarem tamen possessionem † libertatis ex præsumptione Iuris minimè ꝓbari posse: Iurium enim incorporalium possessio in actibus possessorijs, nõ in Iuris præsumptione consistere debet. Cum nihil aliud † sit possessio, quam vsus & patientia. *Menoch. d. 3. rem. retin. Couarr. c. possessor. R. Iur. in 6.* Ex † quibus patet, quod licet bona in dubio præsumãtur libera, quod tamẽ quasi possessio libertatis sine facto hominis ex hoc, nec † præsumi, nec probari possit. *Crauetta. d. consf. 111. nu. 22. Guido. decis. 631. n. 12.* Si aliæ circũstantiæ bonorũ cõsiderẽtur, maior fortè præsumptio colligi poterit ex parte reorum contra libertatem non omnia bona reliqua in territorio Reorũ sita, muneribꝰ, præstationibꝰ & operis sunt obnoxia. Verisimile esse vix potest, ꝙ hæc † sola bona actorũ alterius sint naturę & qualitatis, quo ad præstationes & onera, quam reliqua bona vicina in d. districtu iacentia, nisi hoc per allegantes fuerit probatum *Mõtanus tr feudali. lib. 6. c. 4. de oper quæ ex rebus territorialibus & §. Caeterum, & expressius in §. sequens.* Quibus autem oneribus talia bona subiecta sint, idem Mont. *d. §. Caeterum & §. a quibus.* Nulla bona iuri intra villarum collimitia cõprehensa, iuri eximuntur, siue nobilium, siue clericorum, nisi vel antiquitus, ex singulari cõcessione libertatẽ fuerint consecuta, queadmodum bona feudalia & allodialia ab ipsis nobilibus possessa, quorum nomine seruitia equestria obeuntur, à reliquis operis aliena.

Ex quibus videtur mihi d. actorum bona, non minus, quam reliqua bona vicina, tam diu oneribus obnoxia censenda, donec per actores de libertate probatum fuerit quod hactenus factum non est. Cum enim hæc bona æquè prædialia sint vt reliqua, non video, quare hæc libera videri debeant. *per l. qua ædes vsucap.* Sit quod alibi, quod vnus † solus de vniuersitate 30 recusare non debeat, quæ alias alij sustinent. *Crauetta consf. 120. nu. 7. & 8.*

Nec obstat, quod dicunt † nemo debet grauari duplici onere pro eadem re. *l. nauis. §. cum autem. ad l. Rhod. de iactu. l. incola. ad municip.* 31 At Mehrburgenses eodem modo duplici onere grauantur, cum soluant & senatui & principi steuras, quia statutum & steura Mehrburgensium principis iuri derogare nõ potest, vti actorum testes. ad. 2. Interr. 2. posit. deponunt.

Non obstant quoq; documenta ab Actoribus exhibita in vim probationis. Licet enim illam clausam adiectam *ohnsteuverbar, ohndienstbar*, tamen horum contrahentium pacta, *haben* iuri publico *vnndt den Landtbrauch nicht praeiudiciren konnen.* Deinde tempore horum documentorũ nulla exigendi necessitas, quẽadmodum nostris temporibus coegit, principum fuit. Sed etsi quis per 100. annos non soluisset, propterea † libertatem non soluendi nõ 32 acquisiuit ex tali nõ vsu taliandi, quia alius casus non euenit, vti pulchrè Crauetta *d. consf. 111. nu. 3.* Præterat post datum dd. documentorum tacentes exsoluerunt *die guldt*, quapropter talis taciturnitas † & solutio, quando vltra taci- 33 turnitatem actꝰ aliquis facti & positiuus intersit, præiudicat actoribus. *Crauet d. consf. n. 5.* maximè cum talis actus videatur venire ad cõfirmationem eius, quod agitur, tunc visi sunt actores in sui præiudicium consensisse. *l. quæ dotis. sol. matrim. & ibi Iason n. 86.* Hinc † præiu- 34 dicat minori parti, ꝙ maior pars fecit in his, q̃ pertinẽt ad plures, vt ad singulos, & agitur de præiudicando. *l. iur. gent. 7. §. hodie cum pact. & ibi Ias.* Sic † quoq; missiuæ nihil faciunt pro a- 35 ctoribus exhibitæ, quia pro actoribus tãquam scripturæ priuatæ nil probant.

Vltimo quoq; non obstat cõtradictio quorundã Mehrburgẽsium collectas † soluere re- 36 cusantium, nisi instent corã superiore habente potestatem, vt reprobetur consuetudo, aliâs ipsorum contradictio non obstabit. *Rauen. d. tr. sect. 4. nu. 11.*

Ex quibus concludo, actionem per actores intentatam, non esse probatam. *Quid decis. 613. num. 13. & seq.* quæ in hac materia est videnda. *Roland. consf. 53. num. 24. vol. 2.* Et vbi nulla † est possessio, ibi etiam non est turba- 37 batio, & sic vtrumque requisitum deficit.

Affl. de-

Affl. decis. 395. Rol. à. vall. consf. 46. num. 22. lib. 2.

Ponamus autem actionem aliquo modo probatam, tamen maximè esset elisa, *Menoch.* quæ requirũtur ad acquisitioné quasi possessionis incorporalis, *l. 2. cẽt. 2. casu 100. per tot. arbt. Iud. & cas. seq. Cauarr. d. c. possessor. nu. 6. Menoch. rem. 3. retin. nu. 570. & nu. 568.*

Iam examino testes.

OMnes testes quasi vno ore cum caussa scientiæ de facto proprio ad 21. interrog. generale, & ad 11. defens. aliaq; Interrog. apertè deponũt, Daß die Fürsten zu Starckenburg/ bey 30. auch bey 40. Jharen hero Merhburgensium bona in suo torritorio sita alsso collectiert haben.

38 Non obstat † testes reorum esse pauperes & viles personas. Sunt enim hæ ad testificandum idoneæ: si aliâs sunt vitę honestæ & integræ opinionis. *gl. & dd. communiter. l. 3. verbo admittantur test. Gail. obs. 92. lib. 2. nu. 20.* Nec impedit, quod plurimi sunt subditi Starckenburgenses. Nam hi etiam in caussis dominorum relaxato † iuramento vti factum est, deponere possunt, si non sentiant priuatum commodũ ex depositione. *Bald. l. eos. nu. 2. C. Test. Fel. c. in literis & c. insuper test. DD. l. idonei. C. eod. t.* Et maximè probant huiusmodi testes, quando agitur mero possessorio vbi † non tam exactũ requiritur testimonium, sicut in peritorio. *Mynf. 16. resp. nu. 14.*

39

40

41 Nec obstat proprium hominem non posse † testificari pro domino suo, quia in caussa *der Landtschafft* testificati sunt. *Zas. cons. 19. nu. 4. vol. 2. Vigel. §. secundum testimonium ordin.* Ex quibus omnibus concludo, Reos ab instituta actione absoluendos cũ refusione expensarum, vel si domini eas compẽsare voluerint, non refragabor. Saluo, &c.

Votum D. Frantz Corref.

Formalia iusta.

NVllitates nullæ. De formalibus appellationis, nullitatibus procuratorijs, & iurisdictione, vt D. Ref. De actione vtili interdicto vti possidetis actum esse. *Angl. tr. de interd.* Requisita huius actionis ex parte actoris possessio, & ex parte rei turbatio.

An probata.

QVod ad fundamentum appellantium attinet. 1. 2. 3. 4. articuli vnà cum 5. addition. per testes affirmantur. Itaque de vsu seu quasi possessione appellantium constare videtur, & cum ciues Mehrburgenses appellantibus, tanquam magistratui, de omnibus bonis suis, vbicunque locorũ sitis, collectas soluerint, dici possit, illos † de ijsdem bonis appellatis collectas soluere non teneri quia † in diuersis locis eadem res æstimari non debet. *gl. l. vnic. verbo possident. C. mulier. in quo loco. lib. 10.*

42

43

44 Nec † aliquis pro eadem re duplici onere grauari debet. *Crauett. cons. 111.* Deinde. 6. 7. 8. articuli positiui, ipso iure videntur fundati ac probati, sicuti appellantes pro sua intentione nominationẽ collectæ accipiunt, scilicet, quando collectę personis pro rebus imponuntur, & sic pro munere mixto. *Ias. l. placet. 2. lect. nu. 3. C. SS. Eccle.* Quo casu collectæ † regulariter ipsis subditis & incolis, non autem forensibus indici possunt, *text. libertus. §. sola. & ibi. Bar. Ad municip. l. rescripto. §. f. & l. munerum. §. patrimonium & ibi. Bartol. C. mun. & honor.* Ratio qui collectæ imponuntur personis subditis pro rebus. At forenses non sunt personæ subditę. Ergo &c. Vnde forensibus indici non possunt. *l. libertus. & ibi Bartol. ad municip. Bart. d. l. nun. n. 28. C. mulier. quo in loco &c. lib. &c. 10.* Quapropter conuincatur, appellantium ciues tãquam forenses à talibus collectis liberos esse, atq; ita in quasi possessione libertatis versari, maximè cũ † collectæ sint odiosæ, eo quod prædia afficiant quæ sunt libera, atque ideo interpretatio fit cõtra collectas. *Gail. obs. 52. lib. 2.*

45

46

Ad turbationem quod attinet, fatentur, illam appellationem in suis responsionibus ad 13. 17. 18. & 19. & alijs quibusdam, quæ cõfessio † satis probat. *l. nu. & ibi deinde. C. confess.* vnde dicitur intentionem appellantium esse probatam.

47

An Elisa.

REus vtitur fundamento iuris, quod quilibet dominus in suo territorio collectas imponere possit, vrgente necessitate, ratione bonorum in territorio sitorum, quiq; illas nõ solum subditi, verum etiam forenses de iure præstare teneantur, vti vid. in 1. 2. 3. 4. & seqq. art. Deinde allegat quasi possessionem, quod sc. illas collectas non solum à subditis, verum etiam à forensibus receperit. Præmitto, quod habent regalia quod illi † possunt imponere collectas. *Schurff. cons. 59. cent. 1. nu. 12. Vesta. d. ter. p. 2. c. 2. nu. 12. & 13.* Vnde appellatus rectè imposuit. In quo diligenter attendendũ, quod appellati non loquantur de collectis, quæ ipsis bonis in territorio *Starckenburg* sitis imponũtur. Vbi † enim prædium situm est, ibi onus sustinere debet *l. rescripto. §. fi. mun. & honor.* adeo quod etiam mulieres tale † munus reale in locis, in quibus bona possident, subire adstringantur. *l. vn. C. mulier. quo in loco.* Quia prædia in loco appellatorũ sita sunt, atq; ideo eius iurisdictioni & prefectioni subsunt, & ratione ipsius forenses indictas collectas præstare coguntur. Plures rationes reddit Thomatus *tr. de collectis fol. 284. n. 14.* Qui hanc quæstioné, quando forensis munera patrimonialia prestare teneatur in vtraq; partem late tra-

48

49

50

ctat. Præterea 11. art. defens. per testes & registra est probatus.

Nec obstat, quod appellantes de bonis suorum ciuium in territorio Str. sitis etiam collectas receperint, quia non constat, appellantes de istiusmodi bonis in specie quicquam probasse, cum etiam ciues non in specie, sed in genere tantum collectas præstiterint.

51 Nec obstat, quod quidam testes deponunt, se metu † carceris collectas soluisse, & sic possessio violenta videtur. *l. 1. §. quod att. l. si dno vti poss.* quia potissima testium pars de tali metu nihil deponunt. Deinde etiam appellantium Ciues in dd. collectis & solutionibus faciendis acquieuerunt. Imo si coacti fuissent, tamen † collectas non soluentes, licitum est debito modo coercere. *Vast a d. tr. p. 2. c. 3. nu. 13.* 52 Ceteris igitur argumẽtis relictis puto actionẽ Reorum seu appellatorum pronunciandũ esse, scilicet, bene decretum, male appellatum, ipsosque appellatos absoluendos. Ad expensas quod attinet, quia aliquam causam habuerint disputandi, puto cõpensandas. Saluo, &c.

Votum D. Eisenhart.

QVantum ad præludia. Item, actionem cum D. Ref. vt enim posse vtili actione in factum actum ab actoribus, quam non probatam, minimè D. Ref. concessere. *Guid. decis. 631.* Vnde Reum absoluẽdum consequi videtur. *l. f. & ibi gl. C. rei vend. Schurff. cons. 81. nu. 1. cent. 1.* Quod ius collectæ † sit meræ facultatis: Ideo non præscriptibile. *Bart. l. hac iura. in rem verso. Chassan. t. de inst. §. 4. verbo. noua malitia n. 11.* Quamobrem si per 100. annorũ spacium † à subditis non exegerit, tamen nõ perdidit illud ius *Chass. d. l. nu. 1. vers. & adverte. Cravet. cons. 111.* Sed requiri ad præscript. vt interpellati subditi soluere recusarint. *Alex. cons. 136. in causa nu. 18.* At nostri actores quanquam reclamarint, tamẽ ad suorũ rusticorũ solutionem vt plurimum cõniuisse eamq; ratam habuisse, ex actis apparet, quæ † ratihabitio retrotrahitur, & mandato æquiparatur. *Cravet. vbi supra nu. 5. per text. l. qua dotis, vbi Ias. n. 16. sol. matr.* Quid quod reus se ab anno 21. saltem ius hoc collectæ etiam forensium bonis imposuisse deducat, sese exercuisse ad soluendum nimirum † æs alienum ob bellorum difficultates cõtractum, quod ad id caussa idonea habebatur. *Bald. l. pen. C. execut. rei ind. Rebuff. l. 1. C. super indictis. lib. 11.* Ad adstruendam suam intentionem reus libros eorum, qui hoc collectandi munus suo * nomine obierint ex Archiuo producit, qui non mediocrem fidem hic conciliant. *Ias. l. admonendi. nu. 132. vbi Ripa de iureiur.* quam tamen fidem quæ non omnibus requisitis * numeris constet, nihil releuare, actores ostendere conantur *Cravetta autoritate. fol. 176.* Sed & hic operam ludunt, scripturam enim etiam ex Archiuis * depromptá, etiamsi

53 54 55 56 57 58 59

Authentica non sit, tamẽ hoc casu probat. *Ias. d. l. admonendi. Menoch. rem. 3. retin. nu. 570.* vt horum librorum contentis, variorum testium dictis, concernere, planè omittamus, ita vt reus noster, tam instrumentis quã testibus, ius suũ plenũ faciat. Quib⁹ ppensis, etiãsi collectas hic controuersas in numerum munerũ extraordinariorũ reponere licet *iuxta tradita p Paris. cõs. 21. n. 1. Schurff. cõs. 44. n. 11. cent. 1.* Illarũ tamen ius Reus * per præscriptionẽ peperit, 60 vtpote quę 10. annorum curriculo completur. *Paris. d. cons. 25. nu. 58. Gail. d. c. 52. n. 20.* Ita vt facile inducat vt in petitorio, atq; in eo secundum Reum putem pronunciandum. Quoties enim vtraq; actio & possessor. & petitor. in iudicium † est deductum, & de vtraq; constat, 61 toties super vtraq; est ferẽda sentẽtia, ne caussæ continentia diuidatur. *Ias. l. nulli. C. Iud. Ferrar. for. lib. pro turb. poss.* præsertim cum nullã partium protestationem, de nõ se immittẽdo in petitorium, hîc emiserit. *Iuxta Boer. decis. 238. vers. & hoc cum.* Veruntamen cum † ex 62 huiusmodi iudiciorum natura & indole possessorium prius sit expediendũ. *l. si de vi Iudicis. c. 2. caussa & poss. & pprietat.* Et iudici * vt limi- 63 tes libelli transiliet non facile permittatur. *l. vt fundus Com. diuid.* Et narrata * atq; in proces- 64 su deducta ad libelli conclusionẽ reuocari debeant atq; restringi, secundũ cõmuniter receptã theoricã *c. super literis rescript. Bald. in l. nec quicquam. §. vbi decretum. ad f. 5. col. off. pro cõs. Schurff. cons. 8. cent. 1.* Addã cũ tã narrata libelli, quã conclusionẽ possessorium hic solũ redolere, minimè sit obscurũ. Deniq; cũ tutum sit, & partibus minus graue, vt intra cancellos possessorij maneamus, quippe * cum ijsdẽ petito- 65 riũ incolume seruet. *Innoc. c. inter dilectos, verb. Iustitiam ord. cogn. Alex. cons. 117. nu. 2. vel. 2.* malim cum d. Reo possessorij terminos non excedere, idq; Reo adiudicare. Compensatis Expẽsis, quia est materia iuris & latè disputatur.

Votum D. Wolgemutt.

QVo ad iurisdictionẽ & processum, nõ video defectũ. Acquiesco etiam opinioni Ref. quoad actionẽ, licet negatoria tã ex narratis, quã ex cõclusione libelli iniunctis, adductis in processu, intẽtata videri posset, maximè vero, q in puncto defension. vbiq; agitata sunt. Quicquid tamen sit adhæreo sententiæ Ref. p rationes abundè adductas, præcipue motus 1. 12. 16. 27. art. coniunctis, iuncta cõclusione libelli & eius petitione, & sic nec separatim, nec specificè, nec cumulatiuè petitorio est actum. Licetq; possessor & petitor, vbi agit de iure incorporali, id tamen hoc casu non militat, *iuxta Menoc. 5. rem.* tũ q narrata & petita libelli sint apta & clara, sed iure cautũ, vt sententia libelli coarctetur, tũ q petitorium, nec satis deductũ nec pbatum esse in actis reperitur. Tandẽ & præcipue hoc, vt actori, vel appellãtibus, quæ sibi

sibi magis sit vtilis, & minus præiudicialis, actio tribuatur. Si vero petitorium detur, timēdū, ne ex eo plus incommodi sentiant. Licet enim actores quoad dominium Strackenburg per forensibus habendi, tamē eius loci vix effugium numera patrimonialia & Realia. 1. Ratione iurisdictionis, quam habet dominus territorij in illis bonis. Deinde ob tacitam hypothecā, quia omnia bona in territorio existētia pro collectis & muneribus patrimonialibus vrgēte publica necessitate sunt obstricta. Itē virtute & effectum, Der Obern vñ Neidern Fürstenthumb Landtsesserin. Eius enim iuris effectus, vt notoriè constat, non tamen quoad collectas, verū alia iura in personas & res se late diffundit. Itē vigore cōsuetudinis 66 & statuti, quibus forēsibus † collectæ impositæ sunt, de cuius validitate nō hæsitatū. *Vesta. c. 3. n. 2.* & per pductas instructiones *der Steinbruch* aliquo modo probatæ sunt. Itē ad subnotationē bonorum in d. loco sitorū. Vt enim 67 forensis, † collectis grauetæ æstimum cōsideratur. *Vesta. d. loco. p. 2. n. 47.* Et sufficit si bona ipsius sint registrata in libro cōmuni, *Thomatus §. sane. si negatiuam. nu. 16.* quod tamen hoc loco disputari posset & tandem per alias rationes, quas colligit Thomatus. *in d. loco. n. 14. & deinceps.* Inhærendo itaq; possessorio, simpliciter concludo cū DD. RR. attento discrimine munerum ordinariorum ciuilium æque tenētur, ciues & incolæ, & munerū, de quibus facta est mētio, pnunciandumq; vt p d. Ref. Cōpensatis Expēsis, sine exp̄ssa reseruatione petitorij.

Votum D. Monaldts.

NOn dubito, quin in hac tam petitorio quā in possessorio possemus pnunciare, nisi quis vellet dicere, actores nostros in petitorio plura posse adducere. Actionē quam dd. Ref. eamq; probatā, quo ad quid, nō verò priuatiue, scilicet, *das* Rei *jhre* forēses *nit haben zu steuvren* ratione bonorū ibidem sitorū. Quare cōcludo, actionē non probatā, hincq; sequi, eos esse condēnandos in expensas. Si velint tamen cōpensare domini, nō refragabor. Dubito tantum, quomodo constitutiones Imperij de anno 1500. & de anno 1542. accipiēdæ sint, habentes, *das ein ieder die seinen söll beschvveren*, & important alterius exclusionē. Existimo tamen resolutionē personalē & realē hoc dubiū soluere. Pleniorē tamen resolutionē accipiam libēter à dominis. Nec mihi constat, an hæ cōstitutiones in vsum deductæ sint. Saluo, &c.

Votum D. Rathgeb.

QVod ad genus actionis cū DD. RR. Voluissem autem in petitorio pronunciasse, quia id magis vtile videatū appellantibus de iure communi, vt & cōstitutione Imperij. Aut si hoc non attendatur, & vsus seu consuetudo ac exercitium, insuper actorem in consideratione habendum, in idem recidet. Quod vero ad possessorium attinet, puto appellatos, quoad impositionem collectarum, cuius quidem generalis, si non de iure, saltem de vsu & consuetudine fundatos esse, prout etiam hoc sit, vt exercuerunt, quæ duo in hac materia maximè considerantur. Et licet ex parte actorum actus possessorij circa ius collectādi deducti, & quædam alia in hunc finē adducta sunt, in quo appellātes ciues suos collectarint, tamē nihil puto tale esse, quod conuerso iure collectandi in nostris quidem terminis repugnet, aut ipsi immunitatis possessionem circa hoc concludenter tribuat. Puto igitur actionem non probatam pronunciandum. Comp. Expens.

Votum D. Reinhaussen.

QVod ad fundandam iurisdictionem, puto fundatam illā ex t. senatus. *decis. de extraiud. appellat. approbata à pleno.* Quoad actionem in factū, non interdicto vtili per express. text. *§. vlt. Inst. interd.* posset etiā dari negatoria. *l. 2. §. vlt. de her. adit.* Et ad me q̄ attinet, putarē pro Reis etiam nos in petitorio pronūciare posse, sed mallem ipse quoq; cōsistere in finibus possessorij, tum pпter rationes adductas à dominis, præsertim q̄ actoribus ea danda sit actio, quæ ijs minus sit incōmodo, tum propter prę iudicia, veluti in caussa Teutschenmeisters contra Fugger die stewer zu Dhonawerdt betreffendt. Actionem quidem probatam puto, quod Mehrburgensibus ius sit collectādi omnes subditos, sed non probatam intentionem suam, q̄ non ideo *Fustenthumb Strackenburg* non possit ciues ratione bonorum in eo ducatu sitorum tributis onerare. Et quod actores obijciunt, non esse *Furstenthumb*, atq; ideo non habere regalia, cum † regalia haben- 68 tibus potestas sit indicere tributa, *quæ sint regal. in vsu feud.* tamen constat ex Auentino. lib. 7. quod hæc Ditio vendita sit Ludou. Duci Bauariæ & primo Comiti Palatino, vnde omnes nostri Palatini & Duces Bauariæ descendunt à Conrado, quem Itali Conradinum vocant, vltimo Sueuiæ Duce. Et sic non obstat, partem esse Sueuiæ, sed ante 300. incorporatam Ducibus Bauarię. Nā illa venditio est Anno. 1266. Ac ex eodem Auentino videre licet, Duces † 69 Bauariæ ante 200. annos perditiones suas à subditis collectas exegisse.

Iam pro Reis etiam facit ius commune. *iuxta l. 2. C. de annon. & trib. lib. 10.* Est autē † indi- 70 ctio generale nomen, quod annonas & tributa continet. *lib. 1. C. de annon. & trib. lib. 10. & ibi Cuia.* Porrò indictiones singulis annis fuerunt anniuersariæ, vnde etiam † anni per indictio- 71 nes cœperunt numerari. Vnde rectè Accurs. *ad gl. in pr. ad. l. 2.* ait, esse ordinariam. Idem eleganter refert ad munera patrimoniorum, & tradit soluere id etiam non municipes.

ctat. Præterea 11. art. defens. per testes & registra est probatus.

Nec obstat, quod appellantes de bonis suorum ciuium in territorio Str. sitis etiam collectas receperint, quia non constat, appellantes de istiusmodi bonis in specie quicquam probasse, cùm etiam ciues non in specie, sed in genere tantum collectas præstiterint.

Nec obstat, quod quidam testes deponunt, 51 se metu † carceris collectas soluisse, & sic possessio violenta videtur. *l. 1. §. quod ait. l. si duo vti poss.* quia potissima testium pars de tali metu nihil deponunt. Deinde etiam appellantium Ciues in dd. collectis & solutionibus faciendis acquieuerunt. Imo si coacti fuissent, ta-52 men † collectas non soluentes, licitum est debito modo coercere. *Vast. ad d. tr. p. 2. c. 3. nu. 13.* Cæteris igitur argumétis relictis puto actioné Reorum seu appellatorum pronunciandũ esse, scilicet, bene decretum, male appellatum, ipsosque appellatos absoluendos. Ad expensas quod attinet, quia aliquam causam habuerint disputandi, puto cõpensandas. Saluo, &c.

Votum D. Eisenhart.

QVantum ad præludia. Item, actionem cum D. Ref. vt enim posse vtili actione in factum actum ab actoribus, quam non probatam, minimè D. Ref. concessere. *Guid. decis. 631.* Vnde Reum absoluẽdum consequi videtur. *l. f. & ibi gl. C. rei vend. Schurff. cons. 81 nu.* 53 *1. cent. 1.* Quod ius collectæ † sit meræ facultatis: Ideo non præscriptibile. *Bart. l. hac iura. in rem verso. Chassan. t. de iust. §. 4. verbo. noua malitia n. 11.* Quamobrem si per 100. annorũ spa-54 cium † à subditis non exegerit, tamen nõ perdidit illud ius *Chass. d. l. nu. 1. vers. & adverte. Cravet. cons. 111.* Sed requiri ad præscript. vt interpellati subditi soluere recusarint. *Alex. cons. 136. in causa nu. 18.* At nostri actores quanquam reclamarint, tamẽ ad suorũ rusticorũ solutionem vt plurimum cõniuisse eamq; ratam ha-55 buisse, ex actis apparet, quæ † ratihabitio retrotrahitur, & mandato æquiparatur. *Cravet. vbi supra nu. 5. per text. l. qua dotis, vbi Ias. n. 16. sol. matr.* Quid quod reus se ab anno 21. saltem ius hoc collectæ etiam forensium bonis imposuisse deducat, sese exercuisse ad soluendum ni-56 mirum † æs alienum ob bellorum difficultates cõtractum, quod ad id caussa idonea habebatur. *Bald. l. pen. C. execut. rei iud. Rebuff. l. 1. C. super indictis. lib. 11.* Ad adstruendam suam intentionem reus libros eorum, qui hoc col-57 lectandi munus suo * nomine obierint ex Archiuo producit, qui non mediocrem fidem hic conciliant. *Ias. l. admonendi. nu. 132. vbi Ripa de iureiur.* quam tamen fidem quæ non omnibus 58 requisitis * numeris constet, nihil releuare, actores ostendere conantur *Cravettæ autoritate. fol. 176.* Sed & hic operam ludunt, scripturam 59 enim etiam ex Archiuis * depromptã, etiamsi Authentica non sit, tamẽ hoc casu probat. *Ias. d. l. admonendi. Menoch. rem. 3. retin. nu. 570.* vt horum librorum contentis, variorum testium dictis, concernere, planè omittamus, ita vt reus noster, tam instrumentis quã testibus, ius suũ plenũ faciat. Quib⁹ ꝑpensis, etiãsi collectas hic controuersas in numerum munerũ extraordinariorũ reponere licet *iuxta tradita ꝑ Paris. cõs. 21. n. 1. Schurff. cõs. 44. n. 11. cent. 1.* Illarũ tamen ius Reus * per præscriptioné peperit, 60 vtpote quę 10. annorum curriculo completur. *Paris. d. cons. 25. nu. 58. Gail. d. c. 52. n. 20.* Ita vt facile inducat vt in petitorio, atq; in eo secundum Reum putem pronunciandum. Quoties enim vtraq; actio & possessor. & petitor. in iudicium † est deductum, & de vtraq; constat, 61 toties super vtraq; est ferẽda sentẽtia, ne caussæ continentia diuidatur. *Ias. l. nulli. C. Iud. Ferrar. for. lib. pro turb. poss.* præsertim cum nullã partium protestationem, de nõ se immittẽdo in petitorium, hîc emiserit. *Iuxta Boer. decis. 238. vers. & hoc cum.* Veruntamen cum † ex 62 huiusmodi iudiciorum natura & indole possessorium prius sit expediendũ. *l. si de vi Iudicis. c. 2. caussa & poss. & ꝓprietat.* Et iudici * vt limi-63 tes libelli transiliet non facile permittatur. *l. vt fundus Com. diuid.* Et narrata * atq; in proces-64 su deducta ad libelli conclusioné reuocari debeant atq; restringi, secundũ cõmuniter receptã theoricã *c. super literis rescript. Bald. in l. nec quicquam. §. vbi decretum. ad f. 5. col. off. pro cõs. Schurff. cons. 8. cent. 1.* Addã cũ tã narrata libelli, quã conclusioné possessorium hic solũ redolere, minimè sit obscurũ. Deniq; cũ tutum sit, & partibus minus graue, vt intra cancellos possessorij maneamus, quippe * cum ijsdẽ petito-65 riũ incolume seruet. *Innoc. c. inter dilectos, verb. Iustitiam ord. cogn. Alex. cons. 117. nu. 2. vol. 2.* malim cum d. Reo possessorij terminos non excedere, idq; Reo adiudicare. Compensatis Expẽsis, quia est materia iuris & latè disputatur.

Votum D. Wolgemutt.

QVo ad iurisdictioné & processum, nõ video defectũ. Acquiesco etiam opinioni Ref. quoad actioné, licet negatoria tã ex narratis, quã ex cõclusione libelli iniunctis, adductis in processu, intẽtata videri posset, maximè vero, ꝙ in puncto defensionũ vbiq; agitata sunt. Quicquid tamen sit adhæreo sententiæ Ref. ꝓ rationes abundè adductas, præcipue motus 1. 12. 16. 27. art. coniunctis, iuncta cõclusione libelli & eius petitione, & sic nec separatim, nec specificè, nec cumulatiuè petitorio est actum. Licetq; possessor & petitor, vbi agit de iure incorporali, id tamen hoc casu non militat, *iuxta Menoc. 5. rem.* tũ ꝙ narrata & petita libelli sint apta & clara, sed iure cautũ, vt sententia libelli coarctetur, tũ ꝙ petitorium, nec satis deductũ nec ꝓbatum esse in actis reperitur. Tandẽ & præcipue hoc, vt actori, vel appellãtibus, quæ sibi

sibi magis sit vtilis, & minus præiudicialis, actio tribuatur. Si vero petitorium detur, timẽdũ, ne ex eo plus incommodi sentiant. Licet enim actores quoad dominium Strackenburg per forensibus habendi, tamẽ eius loci vix effugium numera patrimonialia & Realia. 1. Ratione iurisdictionis, quam habet dominus territorij in illis bonis. Deinde ob tacitam hypothecã, quia omnia bona in territorio existẽtia pro collectis & muneribus patrimonialibus vrgẽte publica necessitate sunt obstricta. Itẽ virtute & effectum, Der Obern vñ Neidern Fürstenthumb Landtsesserin. Eius enim iuris effectus, vt notoriè constat, non tamen quoad collectas, verũ alia iura in personas & res se late diffundit. Itẽ vigore cõsuetudinis 66 & statuti, quibus forẽsibus † collectæ impositæ sunt, de cuius validitate nõ hæsitatũ. *Vesta. c. 3. n. 2.* & per productas instructiones *der Steinbruch* aliquo modo probatæ sunt. Itẽ ad subnotationẽ bonorum in d. loco sitorũ. Vt enim 67 forensis, † collectis grauet æstimum cõsideratur. *Vesta. d. loco. p. 2. n. 47.* Et sufficit si bona ipsius sint registrata in libro cõmuni, *Thomatus §. sane si negatiuam. nu. 16.* quod tamen hoc loco disputari posset & tandem per alias rationes, quas colligit Thomatus *in d. loco n. 14. & deinceps.* Inhærendo itaq; possessorio, simpliciter concludo cũ DD. RR. attento discrimine munerum ordinariorum ciuilium æque tenẽtur, ciues & incolæ, & munerũ, de quibus facta est mẽtio, pronunciandumq; vt p d. Ref. Cõpensatis Expẽsis, sine expssa reseruatione petitorij.

Votum D. Monaldo.

NOn dubito, quin in hac tam petitorio quã in possessorio possemus pronunciare, nisi quis vellet dicere, actores nostros in petitorio plura posse adducere. Actionẽ quam dd. Ref. eamq; probatã, quo ad quid, nõ verò priuatiue, scilicet, *das* Rei *jhre* forẽses *nit haben zu steuvren* ratione bonorũ ibidem sitorũ. Quare cõcludo, actionẽ non probatã, hincq; sequi, eos esse condẽnandos in expensas. Si velint tamen cõpensare domini, nõ refragabor. Dubito tantum, quomodo constitutiones Imperij de anno 1500. & de anno 1542. accipiẽdæ sint, habentes, *das ein ieder die seinen soll beschvveren*, & important alterius exclusionẽ. Existimo tamen resolutionẽ personalẽ & realẽ hoc dubiũ soluere. Plenioreẽ tamen resolutionẽ accipiam libẽter à dominis. Nec mihi constat, an hæ cõstitutiones in vsum deductæ sint. Saluo, &c.

Votum D. Rathgeb.

QVod ad genus actionis cũ DD. RR. Voluissem autem in petitorio pronunciasse, quia id magis vtile videaẽ appellantibus de iure communi, vt & cõstitutione Imperij. Aut si hoc non attendatur, & vsus seu consuetudo ac exercitium, insuper actorem in consideratione habendum, in idem recidet. Quod vero ad possessorium attinet, puto appellatos, quoad impositionem collectarum, cuius quidem generalis, si non de iure, saltem de vsu & consuetudine fundatos esse, prout etiam hoc sit, vt exercuerunt, quæ duo in hac materia maximè considerantur. Et licet ex parte actorum actus possessorij circa ius collectãdi deducti, & quædam alia in hunc finẽ adducta sunt, in quo appellãtes ciues suos collectarint, tamẽ nihil puto tale esse, quod conuerso iure collectandi in nostris quidem terminis repugnet, aut ipsi immunitatis possessionem circa hoc concludenter tribuat. Puto igitur actionem non probatam pronunciandum. Comp. Expens.

Votum D. Reinhaussen.

QVod ad fundandam iurisdictionem, puto fundatam illã ex t. senatus. *decis. de extraiud. appellat. approbata a pleno.* Quoad actionem in factũ, non interdicto vtili per express. text. *§. vlt. Inst. interd.* posset etiã dari negatoria. *l. 2. §. vlt. de her. adit.* Et ad me q̃ attinet, putarẽ pro Reis etiam nos in petitorio pronũciare posse, sed mallem ipse quoq; cõsistere in finibus possessorij, tum ppter rationes adductas à dominis, præsertim q̃ actoribus ea danda sit actio, quæ ijs minus sit incõmodo, tum propter præiudicia, veluti in caussa Teutschenmeisters contra Fugger die stewer zu Dhonawerdt betreffendt. Actionem quidem probatam puto, quod Mehrburgensibus ius sit collectãdi omnes subditos, sed non probatam intentionem suam, q̃ non ideo *Furstenthumb Strackenburg* non possit ciues ratione bonorum in eo ducatu sitorum tributis onerare. Et quod actores obijciunt, non esse *Furstenthumb*, atq; ideo non habere regalia, cum † regalia haben- 68 tibus potestas sit indicere tributa, *quæ sint regal. in vsu feud.* tamen constat ex Auentino. lib. 7. quod hæc Ditio vendita sit Ludou. Duci Bauariæ & primo Comiti Palatino, vnde omnes nostri Palatini & Duces Bauariæ descendunt à Conrado, quem Itali Conradinum vocant, vltimo Sueuiæ Duce. Et sic non obstat, partem esse Sueuiæ, sed ante 300. incorporatam Ducibus Bauariæ. Nã illa venditio est Anno. 1266. Ac ex eodem Auentino videre licet. Duces † 69 Bauariæ ante 200. annos perditiones suas à subditis collectas exegisse.

Iam pro Reis etiam facit ius commune *iuxta l. 2. C. de annon. & trib. lib. 10.* Est autẽ † indi- 70 ctio generale nomen, quod annonas & tributa continet. *lib. 1. C. de annon. & trib. lib. 10. & ibi Cuia.* Porrò indictiones singulis annis fuerunt anniuersariæ, vnde etiam † anni per indictio- 71 nes cœperunt numerari. Vnde rectè Accurs. *ad gl. in pr. ad. l. 2.* ait, esse ordinariam. Idem eleganter refert ad munera patrimoniorum, & tradit soluere id etiam non municipes.

Nam vt Curc *in rubr. ad t. Mun. Patrim.* Munera patrimoniorum † aut erant personalia, aut mixta, aut reorum tantum. Munera illa incolis & municipibus tantum, non solum incolis, sed etiam ijs qui non municipes essent indicebantur: *d. gl. in pr. & Nov. 128. de collation.* Siue igitur has contributiones sumas pro ordinario siue pro extraordinario munere, quia non solemniter aut singulis annis, sed tãtum necessitate exigente exiguntur, rebus & prædijs indici possunt; nõ possessoribus, etiãsi alibi siti sint incolæ vel municipes, aut alibi domicilium habeant.

72

Accedit non modo longa sed longissima quasi possessio per testes, indices & descriptiones.

73 Nec obstare † constitutiones imperij nimirum Rubr. Daß ein jeder nit mehr/ dan da er seßhafft. decretorũ Comitij Anno. 1500. Item Comitiorum Spirens. Anno. 42. §. *damit auch.* fol. 314. part. 2. & 215. part. 1. Verum Imperator & status loquuntur ibi *von gemeinen pfenning.* quod plane personale est & capitis tributum. *l. vlt. conf.* Id tunc constat, quod etiam hæ personæ id capitis tributum præstare non tenebantur, quæ prorsus nulla bona habebant, vt intelligi potest ex rubr. d. const. Anno 1500. von dem Zahlen/ wie die außgesetzt vnnd gehalten werden sollen/ sic constit. Comitiorum Anno. 42. §. vnndt wiewohl der halb/ & alijs. fol. 284. part. 2. similiter constitutio d. conuentus Spirens. de anno 44. Als aber wir fol. 312. part. 2. & §. vnnd wiewol wissentlich. fol. 314. Et in alijs imperij contributionibus. Nam de imperio tantum, non etiam principum & aliorum statuum agitur, veluti Anno. 48. 51. 57. 59. 66. 70. 76. vbi non agitur de capitis tributo: non statuitur, quod vbi quis domicilium habeat, ibi tantum collationem inferre debeat, sed & in dd. constitut. vom gemeinen Pfenning/ cõtinentur quædam exceptiones veluti §. es sollen auch ad 1. his verbis. Doch soll hiemit gemeinen Ständen. Item alia exceptio in ead. constitutione. §. damit auch. ad f. doch sollen der Bauwren gütter. Ead. exceptio repetitur in const. de Anno. 44. §. doch sollen/ fol. 117. part. 2. & 318. part. 1.

Concludo igitur cum DD. RR. Reos absoluendos compensatis expensis, licet stricto iure, quia actionem non probarunt, in eas cõdemnari possent.

Votum D. Eberbach.

IN re satis iam discussa, & mea opinione per se plana, non puto insistendum. Quia enim causę scopus, quod videlicet appellantes actores sint in quasi possessorio libertatis, non pręstandi. Strackb. munera primonialia intuitu bonorum in dominio Strackb. sitorum, non est edoctus, & hinc fit vt in hoc retinendæ possessorio iudicio vtilis in factum intentæ actionis requisita, quasi possessio nimirum actorum & turbatio, à parte reorum non sint probata, concludo cum Dominis, actionem non probatam, Et ideo actoribus non probantibus, Rei cum refusione expensarum ab actione venient absoluendi. Saluo. &c.

Sententia.

IN Sachen Pflegers Bürger vnd Raths der Stadt Mehrburg Appellanten Eins/ wieder die Verordnete Commissarien vnndt Außschüß gemeiner Strackbürgischen Landtschafft/ Appellaten/ Anderstheil/ extraiudicialis appellationis, Ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ das durch Statthalter vnndt Räthe daselbst wohl decretirt/ vbell darvon Appellirt/ vnnd derwegen gedachte Appellaten von angestelter Clage zu absoluieren/ vnd erledigen seyn/ Als wie sie auch hiermit absoluieren vnd erledigen/ die Gerichtscosten deßhalben auffgelauffen/ aus bewegenden Vrsachen gegen einander compensierendt vnnd vergleichendt.

DEC. I. VOTVM VIII.

In Caussa Habernkorn vnndt Liebenauw/ *Contra* Die Ganerben zu Weissenbach.

Materia interdicti vti possidetis ratione argentifodinæ.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Forma concludendi in interdicto vti possidetis.*
2 *Actio finiũ regundorum respect. petitorium ac possessorium cõcernit, & de probatione finium & pertinentiarum remissiue.*
3 *Possessoriũ interdictũ parui momẽti & quare.*
4 *Possessorij finis est principium petitorij.*
5 *In possessorio semiplena probationes, veluti per famam & vicinum testem sufficiunt.*
6 *Probationes in interdicto vti possidetis qua sint? & quare dominium inducendum.*
7 *Probationibus paribus existentibus is vincere & obtinere debet in interdicto vti possidetis, qui de dominio vel quasi probauit.*
8 *Actus iurisdictionis sunt citare subditos, mandare eis, punire, multare, monetam cudere.*
9 *Fines alicuius territorij quomodo probentur, remissiue.*
10 *Agens interdicto vti possidetis duo probare oportet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte rei.*
11 *Qua & cuius temporis Possessio in interdicto vti possidetis probanda.*
12 *Possedisse litis contestata tempore qui dicatur.*
13 *Possessione prasenti & praterita probata, etiam medij temporis possessio probata intelligitur.*
14 *Testis de auditu testimonium recipitur in factis antiquis, cum in illis aliter deponi non possit.*
15 *Probatio in factis antiquis fit per testes de auditu, per communem hominum memoriam & famam, & n. 31. per leuiores probationes & n. 31. coniecturas & indicia testium de auditu, & per instrumenta. & nn. 24. 26.*
16 *Verba enuntiatiua sufficiunt & probant in factis antiquis etiam inter alias personas.*
17 *Iurisdictio quo pacto probetur in antiquis remissiue.*
18 *Testis de auditu non probat plene, facit tamen prasumptionem qua operatur vt in aduersariũ onus probandi transferatur.*
19 *In possessorio semiplena probationes sufficiunt.*
20 *Testis non per verba iuris, sed facti deponere debet.*
21 *Rusticus interrogatus super articulo, si deponit aliquem possedisse, per hoc possessio probatur.*
22 *Ampliatur procedere, si attestatur de facto proprio absque suo interesse.*
23 *Testis de facto proprio absque suo interesse deponens, etiam vnicus, plenam probationem facit.*
25 *Scriptura priuata quid probet in antiquis, an faciat plenam fidem in praeiudicium tertij? Negatur. Adminiculum tamen leue praestat.*
26 *Locatio seu instrumentum locationis, an & quando probet possessionem locatoris.*
27 *Instrumentum licet priuatum sustinetur propter antiquitatem.*
28 *Actus coloni probat possessionem locationis, si illum exerceat nomine domini sui.*
29 *Locatio probat possessionem, si de mercedis solutione constat.*
30 *Possessio continuata prasumitur, nisi contrarium doceatur.*
31 *Fama quantum operetur in antiquis.*
Possessio in antiquis quomodo probetur. num. 15. 26. 24. 31.
32 *Dominium in antiquis sola fama plene probatur.*
33 *Quasi possessionem seruitutis ducendi aquam per fundum alterius sufficit probare per semel fuisse vsum.*
34 *Actus frequentatus ad rem probat possessionem.*
35 *Possessionis continuatio prasumitur de prasenti ad prateritum.*
36 *Instrumenta singula si ad probandũ non sufficiunt, iuncta tamen alijs probationibus plenam fidem facere possunt, maximè si ad vnum eundemq; effectum eiusmodi adminicula tendunt.*
37 *in Finium & pertinentiarum demonstratione qua probationes requirantur.*
38 *Turbatio possessionis probatur per contradictionem iudicialem.*
39 *Molestare is dicitur, qui non permittit aliquem sua possessione vti.*
40 *in Interdicto vti possidetis si vterque se possidere contendat is vincit, qui meliorem & antiquiorem possessionem probauerit.*
41 *Custodis appositio optime probat possessionem.*
42 *Testes in specie deponentes praferuntur generalibus.*
43 *Verba indefinita in probationibus siue testibus non aequipollent vniuersalibus, quorum dicta necessario concludere debent.*
44 *Testis dicens, talem posidere talem rem, non probat, quod in solidum posideat.*
Duo eandem rem diuerso iure posidere possunt.
45 *Generi per speciem derogatur.*
46 *Testibus duobus in specie deponentibus magis creditur, quam pluribus in genere.*
47 *Depositio obscura & dubia interpretãda venit contra ipsos producentes.*
48 *Testi in re propria pro suo interesse deponenti non creditur.*
49 *Caussa propria dicitur, qua proprium fauorẽ & commodum concernit.*
50 *Subditus ratione iurisdictionis non repellitur à testimonio.*
51 *Testes de vniuersitate quatenus de caussa vniuersitatis seu territorii deponere possunt.*

52 Te-

IN NOMINE Domini. Amen.

CAVSA est simplicis querelæ. De fundata iurisdictione non est necesse disputare propter citationem decretam, quæ meo iudicio fundatur super litigiosa possessione, & aliâs etiam contra deuolutionem non est à partibus exceptum. Videndum igitur more recepto. I. De Actione. II. An probata. III. An Elisa. IIII. Sententiandum de expensis.

De Actione.

INSPECTA libelli petitione, & consideratis actorum articulis, clare patet, deductum possessorium retinendæ, & sic actum † interdicto vti possidetis. Petunt enim actores, Reos conuentos compelli ad cessandum & desistendum ab omni molestatione des Silbersbergs. Ex quibus verbis elicitur hoc possessorium, *vt eleg. tradit Alex. cons. 88. vol. 5. & Dec. cons. 663. per tot. vol. 3. Bartol. in l. 1. §. interdictum vti possid. Spec. tit. de causa poss. & propriet. §. 1. nu. 6.* Et licet de finibus controuersia sit, puto tamen finium regundorum hoc nostro casu nullo modo locum habere, eo quod magis petitorium, quam possessorium concernat, maxime quantum ad adiudicationem & decisionem litis attinet, tametsi aliâs, quo ad processum & introductionem ordinis iudiciarij, sapiat causam possessionis, *vt notatur. l. incertis. C. de interdic. Bart. ad Rubr. extra de caus. poss. & propriet.* (1, 2)

An probata?

PRo euidentia tria præmitto. I. Possessorium † interdictum parui esse momenti, etsi res, de qua agitur, magni momenti sit. Ratio, quia non adfert perpetuum grauamen, sed tale, quod in iudicio petitorio reparari potest. *l. 1. C. si de mom. poss. & ibi Castr. in pr. Bar. in l. admonendi. nu. 53. de iureiur. & l. 2. §. fin. C. vbi in rem actio. Rota decis. 1. de off. archidiaconi in antiquioribus.* Nam † finis possessorij est principium petitorij. *Bald. in l. 1. C. vti possid. nu. 21 Bartol. d. l. admonendi.* Quo fit, vt in tali † negotio possessorio semiplenæ probationes, velut per famam & vicinum testem sufficiant. *Bartol. in l. 1. nu. 10. C. quor. bon. Dec. consil. 56. in pr. p. & cons. 663. nu. 2.* (3, 4, 5)

2. Præmitto quamuis † in hoc iudicio possessorio tantum de dominio principaliter probari non possit, ad illum sc. effectum, vt sententia super dominio feratur. *d. l. incerti. C. de interd.* Idque propter repugnantiam, de qua *Bald. in l. post sententiam. nu. 1. C. de sent. & interloc. om. iud. Ferrar. in form. libel. pro turb. poss. verbo. ad cessand. tamen licet*, adeoq; vtile est & expedit, dominium probare, nimirum ad continuandum vires interdicti propositi. Data † enim paritate probationum, is vincere decet & obtinere in hoc iudicio, qui de dominio vel quasi probauit. *Bald. & Ferrar. vt supra Bald. in l. ordinarij. nu. 10. C. de rei vend. fac. c. licet, de probat. & ibi Felin. nu. 33. & communiter Canonist. Paris. cons. 107. nu. 3. vol. 1.* (6, 7)

3. Præmitto, in facto sufficienter probatum esse Rochensem pagum suos certos habere fines, & peculiare iurisdictionis exercitium. Actorum enim testes expresse deponũt, quod actores habeant Gebott vnd Verbott. Item ius maleficij, ex quibus proculdubio iurisdictio probatur. Actus enim iurisdictionis † sunt, citare subditos, mandare eis, punire, mulctare, monetam cudere. *Zas. in l. 3. nu. 29. de acquir. poss. Bald. cons. 468. in pr. vol. 1.* vbi etiam ostendit, quomodo probentur † fines alicuius territorij: Item pertinẽtia & districtus de probationibus finium, pulchre tradit Guid. *decis. 19. 3. Fel. c. cum causam. de probat.* Et quoniam finium in præsentia nulla vertitur controuersia, in sequẽtibus hoc amplius in dubium non reuocabo, sed duo tantum huius causæ capita faciam. (8, 9)

I. Erit, vtrum actores possiderint, atq; etiamnum possideant partem litigiosæ syluæ cũ argentifodina, lignisq; adiacentibus.

Alterũ an dicta Argentifodina, cum lignis sit pertinens ad pagum Rochensem iuxta actorum 6. & seqq. posit. art.

Quoad primũ, noti iuris est ad obtinendam victoriam in hoc iudicio duo substantialia requisita agentem probare † oportere, sc. possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte. (10)

te, Reoninn. *l. 1. §. hoc interdictum & §. fin. vbi Bartold. vti poss. Ferrar. vbi supra verbo hodie.* Et
11 illa quidem possessio duobus † temporibus interuenire debet, nimirum tempore litis cōtestationis & tempore turbationis illatæ *§. retinendæ & §. Commodum Inst. de interdict. c. consuluit, de off. deleg. Socin. cōs. 54. nu. 15. lib. 4.* Dicitur
12 autem litis contestationis † tempore possedisse, qui probat, se tūc possidere, vel antea possedisse, adserendo, se & nunc possidere. Nam continuo præsumitur possedisse. *l. siue possidetis C. de probat. Bald. in l. vti possid. Bellon. consil. 11. nu. 3.*

Nunc in præsenti euidenter, (meo quidem iudicio) tam ex testium depositionibus, quam ex alijs instrumentis, corā commissarijs in vim probationis exhibitis, constat, actorum possessionem non solum litis contestatæ tempore, & sic præsentem, verum etiam præteritam, adeoq; antiquam, & per consequens mediam
13 probatā esse. Probatis tamen extremitatibus † illis intelligit, medij tēporis probata possessio. *gl. c. accedens. vers. processu de conuers. coniug. fac. arg. l pen. C. apoch. publ. lib. 10. Paris. cons. 107. nu. 12. vol. 1. Bart. l. certum nu. 22. C. de rei vend.* Et quantū ad antiquiorem possessionem attinet, ea probatur. p. 4. 5. & 7. testes: ad quātum ad 4. articulū posit. vbi deponunt, Weissenbachēse à quodā Gottfredo à Weissen actorū actore, *des Ertzgrabē halben* in articulato *Silberberg abgetrieben vvorden*, quos etiā nominatim exprimit 5. testis ad eundē articulum. Nec refert,
14 sicut obijcitur, q̄ de auditu † deponāt, cum in factis antiquis aliter deponi nō posset, in quibus etiā testimoniū de auditu receptū est. *Affl. c. 1. §. cum nu. 18. contron. inuest. Soc. cons. 89 nu. 2. vol. 1. Paris. cons. 135. nu. 2. vol. 4.* vbi dicit, quod
15 in † factis antiquis, quando non extant instrumenta vel testes, recurratur ad cōmunem hominum memoriam & famam *l si arbiter de probat.* Paris. *cons. 104. nu. 42. cum seq.* dicit, quod in antiquis sufficiant leuiores probationes, coniecturæ & indicia testium de auditu. Et verba
16 enunciatiua † sufficiunt & probāt etiam inter alias personas. *Paris. d. cons. 104. nu. 4. Socin. cōs.*
17 *187. per tot. vol. 2.* Quo pacto † iurisdictio probetur in factis antiquis. Curt. Sen. *cons. 76. nu. 5.*
18 Et aliâs regulariter, licet testis de † auditu non pbet plenè, facit tamen præsumptionem, quæ operatur, vt in aduersarium transferatur onus probandi. *Archidiac. c. hoc instrum. 22. q. 5 nu. 3. Alex. cons. 77. nu. 4. vol. 1. Dec. cons. 271. nu 3. vol. 2. fac. l. si generaliter. §. si petitū, de fidei. com. libert. l. fin. quod metus caussa. l. nuptura. de iur. dot.* Et hoc potissimū procedere puto in hoc posses-
19 sorio iudicio, in quo semiplenæ † pbationes sufficiunt, *vt in 1.* præmisso. dictum est. Accedunt quoque alia adminicula. Nam 4 testis ad 3. inter. etiam deponit, se memoria tenere, quod actores, & eorum maiores articulatam partem mōtis *inn die 40 Iahr innen gehabt*, quæ dispositio apertè dispositionem probat. De-
20 bet enim testis † non per verba iuris, sed facti deponere. *Dec. cons. 524. n. 3. vol. 1. per l. stipulatio ista habere licere. §. hac quoque stip.* vbi Bart.
21 *nu. 2.* post gl. de verb. obl. dicit, si testis † interrogatus super articulo, deponat, aliquem possedisse & tenuisse, per hoc probari possessionē.
22 Quod quidem † eo magis procedit, si attestetur de facto pprio absq; suo interesse, quo casu
23 etiā vnicus † testis facit plenā probationē *secundum Castr. in l. quicunq. nu. 10. C. de seru. fug. quem infert & sequitur Dec. cons. 56. nu. 4. vol. 1.*
24 Secūdo antiquior possessio probatur † per instrumentū contractus inter Comitem ab Eldenberg & Martin *vonn VVeissen*, celebrati Anno. 1572. Ex quo euidenter colligitur, actorum maiores à multis retro annis in possessione *des Silberbergs* fuisse. Nec mouet me obie-
25 ctum, quod dictus contractus, cum sit † priuata scriptura, vt ex actorum libris descriptus, non possit plenam aliquam fidem facere maximè in præiudicium tertii. *l. rationes. l. instrumenta. l. exemplo. C. de probat. Felin. c. cū caussam. nu. 2. de probat. & in c. 2. n. 16. de fide instr.* Quia, etsi plenè non probet, sanè non leue adminiculum præstat, propter antiquitatem scripturæ & familiæ, vnde desumptus est, in quo omnia etiā antiqua actorū priuilegia ab Impp. d. Reis concessa continentur. *Iac. c. adnudiēnt. de præscrip. in l. 1. nu. 22. si cert. pet. Abb. c. cū caussam. de probat. nu. 1. Spec. tit. de probat. §. videndum*, quibus locis de fide antiquæ scripturæ habetur.

26 Tertiò antiquissima † possessio probatur p instrumenta locationis antiquissima signata
27 litera D. de anno 1459. q̄ licet † priuatū sit, tamen ppter antiquitatem sustinetur. *Soc. d. cōs. 187. vol. 2. & DD. in locis supra cit.* Ex quo constat, actores ius argentifodinæ in loco litigioso alijs elocasse sine contradictione cuiuscunque. Et licet instrumentum locationis per se, aut ipse contractus locationis nō probat possessionem locationis, maximè contra tertium, sed tātum adminiculetur. *l. ad probat. vbi Bart. C. locati. Alex. cons. 12. vol. 4.* Secus tamen est, si conductor vtatur re conducta ad suum & locatoris compendium. *l. qui vniuersas. §. qui per*
28 *colonum. de acquir. poss.* vbi actus † coloni probat possessionem locationis, si illum exerceat nomine domini sui. *Soc. cōs. 54. n. 11. lib. 4. Paris. cons. 107. n. 21. vol. 1.* vbi dicit, qui per colonum laborantem nomine locationis probetur possessio ipsius locatoris, & quod locator mediante colono possideat. *text. l. quod vero. de acquir.*
29 *poss. &* regulariter locatio † pbat possessionē, si de mercedis solutione constat *c. inter dilectos. de fid. instrumentorū & ibid. Felin. nu. 8. Bart. d. l. qui vniuersas. & l. quāuis. §. conductor. de acquir. poss. Alex. cons. 115. nu. 19. vol. 2. & cons. 71. n. 2. vol. 7.*

vol. 7. Boer. decis. 239. nu. 6. circ. fin. lib. 2. Paris. cons. 104. nu. 81. cum seq. vol. 1. Cum itaque ex prædicto instrumento constat, conductores nomine & in vtilitatem actorum ius fodiendi ibidem habuisse, licet de solutione pensionis & mercedis nihil certi habeamus, quam interuenisse dubium non est, consequitur actorum maiores in possessione fuisse, quæ quidem possessio † continuata præsumitur, nisi 30 contrarium doceatur. *per l. siue possidetis C. de probat. & ibid. gl. communiter. Bartol. in d. l. celsus. nu. 22. de vsu cap. Boer. decis. 239. n. 6. part. 2. Paris. d. cons. 107. nu. 20. vol. 7.* Confirmantur prædicta per depositionem quarti testis ad 8. & 9 art. quos veros dicit, ab immemoriali sc. possessione *des Silberbergs*, cum bona causa scientiæ. Huc pertinent etiam dicta. 1. 2. & 4. testis ad 16. art. add. vbi vnanimiter deponunt Expensas in locis litigiosis, sc. in nono vsq; ad 15. Item inclusiue specificatis Impensis, adeoque sine contradictione paruisse, & quod ipsimet illius loci paruerunt.

Ex quibus plane perspicuum est, actorũ antiquam possessionem optime probatam, non solum per testes, verum etiam per instrumẽta, 31 præsertim attento, quod in factis † antiquis imperfectæ probationes admittantur, & sola fama sufficiat, plenamque & concludentem probationem faciant ea, quæ tamen alias ne 32 semiplene quidem probarent, adeo quod † dominium, quod tamen difficilis est probationis in antiquis, sola fama plene probetur. *Dec. cons. 42. nu. 11. vol. 1. quem omnino vide. Bald. in l. proprietatis. nu. 3. C. de probat. Paris. d. cons. 104. nu. 20. Rom. in l. 2. §. idem Labeo. nu. 5. de aqua pl. arcenda.* vbi dicit, in factis antiquis iuris famam communem probare directum dominium. Idem tenet, Bald. *l. conuenticulum. nu. 6. C. Episc. & Cler.* dicens, quod in factis multum antiquis opinio generalis pro veritate habeatur, neq; sit alia necessaria probatio. Et hactenus de antiquiori possessione.

Quod ad recentiorem possessionem attinet, ea probatur per locationem *Cuntz Schlegeln* factam *per ea quæ supra de locationis instrumento dicta sunt*, & probatio dictæ locationis fit per 1. & 5. testes ad 7. posit. & 2. testẽ ad 10. addit. Primus deponit semper *à Cuntz Schlegeln* audiuisse, quod actores illi die Landen oder Fundgruben auff dem Silberberg verleihet. Vidit præterea d. Cuntz Schlegel vff dem Berg arbeiten vnà cum famulo, & aliquot Rochensibus vltra dimidium annũ, vti ad 10 ait & eius intent. deponit. Secundus ad 10. ait, vidit Rochenses habere domicilium, & audiuit à vicinis, quod laborarent vff dem Silberberg / vnndt wehre von Actoribus angenommen / Et 5. audiuit ab eodem Cuntz Schlegeln / daß er vff dem Silberberg arbeitet / Vidit præterea *Ertz*. Quibus accedit 14. Reorum testimonium ad 2. interr. vbi dicit, *Cuntz Schlegeln* per trimestre *auff dem Berg gearbeitet*. Vnde clarissime patet dictum *Cuntz* ab actoribus conductum, eorumq; nomine *auff dem berg gegraben*. Atq; hoc postremum Rei non diffitentur, sed nullo iure factũ respondent. Nunc iuris est, quæ ex vno actu possit probari possessio vel quasi *Bart. l. 1. §. hoc interd. nu. 1. & §. si quis hoc interd. n. 3. de itin. actuq. priuat. & probatur. l. 1. §. quæsitum. de ff. qua quot & æstiua*, vbi in simili dicit, ad † pro- 33 bandam quasi possessionem seruitutis ducendi aquam per fundum alterius, sufficit probare, quam semel fuisse vsum. *Alex. cons. vlt. vol. 1. Bald. cons. 205. nu. 4. vol. 3.* Et hoc maxime procedit, si quis exerceat talem actum, qui de facili non competat, nisi ius habenti, nec concedatur iure familiaritatis aut amicitiæ, vtaturq; eodem actu frequenter. *Panor. cum Eccl. 123. causa possessio & propriet. Socin. cons. 111. nu. 4. vol. 1. Afl. l. decis. 162. nu. 2.* vbi dicit, quod actus † frequentatus ad rem probat possessio- 34 nem. *Bald. l. Iudicia. C. Rei vend. & Alex. cons. 133. vol. 1.* Cum igitur in præsenti ius argenti fodinæ concedere, talis sit actus, qui † non 35 præsumitur iure familiarita[illegible] permissus, totiesq; repetitus sit, dubium [illegible]on est vel ex illo vnico actu actores possessionẽ *des Silberbergs* probasse, etiamsi alios actus possessorios de præsenti non haberent. Nam ex possessione de præsenti præsumitur in præteritum, si cum possessione de pręsenti cõcurrat aliqua legitima ratio vel pręsumptio, per quã possumus arguere, quod etiam in præteritũ possessum sit, *ita Socin. d. cons. 189. nu. 19. vol. 1. & Sal. l. ex persona. n. 2. C. probat. & Bald. c. 1. §. 1. nu. 1. consuet. recti feudi per illum* text. vnius anni possessionem longam dicit. Concludo igitur primum requisitum probatum esse.

Sequitur secundum caput, *an articulatus locus sit pertinens ad Rochensem pagum.*

Et licet hoc caput magis petitorium, quam possessorium controuertat: quoniam tamẽ ad iustificandum possessorium, vt in 2. præmisso dictum satis, & ab actoribus vbique petitum, nullo modo prætereundum est. Esse autem pertinens probatum. 1. Ex depositione tertij testis, quia articulatos ab actoribus fines diligenter describit, terminos motos vidit vnà cum alijs vicinis suis, addita causa, quia die Alten haben gewiesen / wo die Marckt auß vnd angehen. Similiter deponit quartus testis, qui omnia item vera dicit, cum pari causa scientiæ, dann er hab selber mit den Alten / so 70. jahr altt / helffen begehen / Et pręsertim ad 5. interr. 4. art. & 8. posit. quem

quem verum dicit, idq; non tantum sibi constare, daß die Landen in Rocher gemarcke liegen vnndt gehören / verum alijs quoq; vicinis, quorum dicta confirmantur ex aspectu in rem præsentem coram commissarijs, & cum procuratoribus præsentibus facto, vt interim breuitatis gratia omittam alia antiqua documenta signata literis E.F.G.H.I.K. quæ si singula non sufficiant, coniuncta tamen alijs probationibus, plenam fidem facere

36 possunt: maxime † si ad unum eundemq; effectum eiusmodi adminicula tédant vt hic. *Bartol. l. admonendi. nu. 48. cum seqq. Iureiur. Alex. in vtramq; partem cons. 11. per tot. vol. 4. gl d. l. instrumenta. C. probationibus.* Et hæc maxime obtinent in probatione confinium, in quibus

37 † proceditur per libros antiquos, famam & quæcunq; alia adminicula. Nam recipiuntur probationes minus perfectæ, & sufficiunt etiam coniecturæ & argumenta, quæ aliâs non sufficerent *sext. c. cũ caussam probat. & ibi Bald. decis. 98. cons. 42. nu. 9. vol. 1.* sufficit enim opinio vulgi & iudicium circumcolentium, qui in hac re testes magis sunt idonei, quã alij *l. 1. §. 1. flumin. Bald. cons. 286. nu. 1. p. 2. & cons. 468. vol. 3. in pr.* vbi dicit, præcipuè in probatione finium rusticis, præsertim senibus, credendum esse. *fac. l. si chorus. leg. 3.*

Concludo ergo, & hoc secundum caput probatum esse.

Ex quo sequitur, etiam ligna excisa pertinuisse, & pertinere ad actores. Cnm sylua eorum sit saltem quoad possessionem, de qua nunc tantum agimus, & pars montis litigiosi sit, imò ipse quod omnimodo locus litigiosus.

Videndum vlterius de secundo huius actinis requisito, videlicet de turbatione ex parte Reorum, an ea quoq; probata sit? Et paucis concludo, probatam esse. Fatentur enim prohibitionem *Cuntz Schlegeln* factam ad 10. posit. Et licet diffitentur turbationem, tamen illa ex alia iudiciali contradictione probatur, per

38 contradictioné enim iudicialem † ipsa turbatio probatur. *l. fin. si vsus fr. per. Alex. cons. 88. nu. 31. vol. 5. Bald. l. ordinarij nu. 12. C. R. vend.* licet alias etiam molestare dicatur, qui non per-

39 mittit aliquem vti sua possessione. *l. cum fuit. vi & vi armat. cum simil.* Et 6. Reorum testis ad 18. interrog. dicit, quod operarij de monte *abgetrieben vvorden.* Ad eundem effectum & de *Cuntz Schlegeln* in specie deponit 12 testis ad 22 interrog. Item 14 ad 21. interr. & 15. ait defen. Eodem modo Rei fatentur, ligna excisa & auecta, sed qualitatem facti negant, daß es mitt 200 Bauwren vnndt animo turbandi beschehen seye / sed eam qualitatem sufficienter probant. 3. 4. 6. 10. testis interr. 23. ad quorum dicta me refero.

An Elisa.

In hoc interdicto, si vterque contendat se possidere, veluti in nostro casu, is † obtine- 40 re debet, qui melius & antiquiorem possessionem probauit. *c. licet causam. probat Bald. cons. 468. n. 8. p. 3.* vbi dicit, quando res est omnino dubia propter intricationem probationum, & possessionum, atq; mixtorum actuum, vincere debere eum, qui habet antiquiorem possessionem. *Bartol. l. si duo. nu. 4. vti possi. DD. communiter. l. 1. C. eod. Panor. d. c. licet causam. num. 35. vbi communiter.*

Nunc in præsenti, licet Reorum testes ex Diametro contra actorum testes deponant, actusq; possessorios deducant, veluti de iure pascendi, lignandi, venandi, pignorandi, & custodis appositione, per † quam optimè pro- 41 batur possessio. *Alex. & dd. l. 3. de acquir. poss. Affl. decis. 167. nu. 1. Guido. decis 193. per text. l. 2. C. de off. praef. Afric.* & ibi custodes antiqui seruabantur. Tamen ex dictis eorum, alijsque adminiculis, non reperio articulatim immemorialem possessionem in litigiosis probatã esse, tametsi enim nonnulli dicũt Weissenbachenses semper in monte pauisse. Item auß dem Daßpfadt am Silberberg gepfändt / tamen non exprimunt, vtrum in locis litigiosis factum sit, nec ne. Nam neq; hoc ab actoribus negatur, quod pars montis & quidem potissima, (vti ex oculari inspectione videre est) in districtu Weissenbachensiũ sita sit, sicut etiam *der Daßpfadt*, quia totus ille tractatus extra fines Rochensium *ad Straßheim*, vsque *der Daßpfadt* appelletur. Vnde cum testes magis in genere deponunt *vom Silberberg*, & actibus possessorijs, quam in specie, nihil † probant in 42 præiudicium actorum. Quia † verba indefi- 43 nita in probationibus, siue testibus, non æquipollent vniuersalibus, quorum dicta necessariò concludere debent. *Deci. cons. 146. nn. 13. vol. 1. in præsent. probat. Soc. cons. 54. nu. 11. cum seq. vol. 4.* vbi dicit, si testis dicat, quod talis † 44 possideat talem rem non probari, quod in solidum possiderit, quia duo eandem rem diuerso iure possidere possunt. *Bartol. d. l. si duo. n. 2. vti possid.* & sic actorum testes, qui in specie deponunt, & sigillatim descriptos fines veros dicunt, præferendi sunt Reorum testibus per regulam, generi per † speciem derogatur. *c. 45 quemadmodum R. Iuris in 6. l. in toto. Eod. pos. ad se in l. ob carmen. §. 1. Test.* vbi dicitur, quod magis creditur duobus † testibus in specie depo- 46 nentibus, quàm pluribus in genere.

Accedit, quod † obscura depositio & dubia 47 interpretanda venit contra ipsos producentes. *c. in præsentia probat. Bartol. in d. l. stipulantem §. si stichũ de verb. obl.* Prꝗterea 6. R. cũ testibus ad 7. ait & 8. ad 15. interr. deponunt Rochenses & Weissenbachẽses pmiscue & sine discri-

D mine

mine *vff dem Silberberg vnd Daßfadt* pauisse. Planè etiam concesso, possessionem Reorum aliquo modo ex dictis testium probatam, tamen meo iudicio constat ex actis, actorum possessionem melius probatam esse, idque per testes minus suspectos. Nam 12. tantum actorum testes expressè fatentur ad 1. interr. generale, quod ex victoria huius caussæ non solum ipsi, sed etiam cęteri Weissenbachenses commodum habere possint. Vnde patet, eorũ te-48 stimonium † veluti in re propria parũ momẽti habere *l. nullus test. l. omnibus. C. eod.* Quod autẽ hæc caussa subditorum quoq; fauorem & cõmodum concernat, expresse, ex 6. & 15. art. de-49 fens. colligitur, atq; † ob id propria dicitur *l. 1. §. dies. vers. in propria quando appel. sit.* ibi definitur, quæ sit causa propria munerũ, ex qua quis cõmodum vel incommodũ suo nomine spe-50 rat. Itaq; licet subditus † ratione iurisdictionis non repellatur à testimonio. *Alex. cons. 88. n. 16. vol. 5.* vbi dicit, quod ex tali repulsa sequeretur aliàs maximum absurdum & inconueniens, quod dominus territorij persæpè de iure suo 51 probare non possit. Item testes † de vniuersitate vel communitate possunt testificare super territorio, *DD. d. l. omnibus C. test.* Hoc tamen cum moderamine accipiendum est, nimirum, si ad eos non redundat commodum principaliter, vt ad singulos, sed tantum in cõsequentiam *arg. l. in tantam. §. vniuersitatis*, vbi ita pulchrè distinguit *Bartol. num. 1. Rer. diuis. Bald. cons. 42. nu. 1. vol. 1. & cons. 468. nu. 6. eod. volu. Guido Pap. sing. decis. 493. Fel. d. c. cum caussam. probat. idem optimè. c. insuper per tit. Test. Panor. ibid. nu. 2. Ang. d. l. in omnibus*, vbi exemplum ponit in nemore ciuitatis, in quorũ singulorum oues depascuntur, quo casu non valet testimonium eorum de vniuersitate. Item in molendino vniuersitatis etiam valet singulorum testimonium. Cum igitur hic generaliter cõcernat cõmodum subditorũ Weissenbach, nimirum ius pascendi quo ad singu-52 los, sequitur testimonium † eorum quasi in propria caussa datum, parum aut nihil valere. Accedit quod plerique de auditu & credulita-53 te deponant † singulares, contrarij, non reddentes caussas scientiæ, concludentes, quibus casibus notum est, testes non probare *l. qui varia test. l. iurisiurand. Eod. c. Imper. eod. d. c. licet* 54 *caussam.* Item quod † testibus duobus affirmãtibus magis creditur, quam mille negantibus. *Dec. cons. 649. num. 13. vol. 5. gl. sing. l. diem proferre. §. si plures, verbo. consenserunt. Arbitr. Immol. in l. heredes palam. n. 3. test. Bart. d. l. diem proferre. §. si plures. per tot.* vbi hoc duobus modis limitat. Ex quibus concludo, actores ex antiquiore possessione probasse dominium incidenter deductum, & per consequens, actionem intentatam elisam non esse.

Quid pronunciandum?

QVoniam Rei possessionem suam nõ probarũt, Iudex non potest pronunciare, *vti possidetis, ita possideatis*, quia ista pronunciatio † locum non habet, cum alter non possi-55 det. *text. c. licet casum. vbi Panor. num. 35. Dd. l. 1. vti possid. Boer. decis. 239. nu. 2. cum seq. p. 2.* ibi docet, quomodo sit pronunciandum in iudicio possessorio, si vterque æqualiter probauit. Pronunciare igitur debet iudex casu quo alter non possidet pro possidente, & præcipere molestanti seu turbanti, vt desistat à molestatione de præsenti, & in futurum non molestet. *Ita docet Panorm. c. licet. caussam. num. 35. Schurff. cons. 77. num. 5. cent. 1.* Atque hoc modo petunt actores, pronunciari in libello summario sub cautione, de qua Ferrar. *in for. lib. pro turb. poß. in fi.* Quod † ad æstimationem 56 lignorum attinet, illa 200. Flor. æstimarem medio iuramento, ad eius præstationem actoribus se obtulerunt. Interesse enim † solo 57 iuramento in litem æstimari potest, non solum in vi ablatiua & expulsiua, verum etiam in inquietatiua & turbatiua. *l. semper d. pen. quod vi aut clam. text. c. fin. C. d. met. caussa. l. si quando. C. vnde vi. Innoc. d. c. fin. nu. 3. declarat & extendit predicta iura ad omnem casum.* Æstimare illud licet, licet pars nolit iura, quæ generaliter loquuntur, igitur generaliter ad omnem vim extendi Bart. *d. l. semper. §. pen.* dicit quod si actor non probauit aliud interesse, tamen iudex ex officio regulariter potest æstimare illud, licet pars nolit iurare *Dd. l. 1. C. sent. quæ quod interest.* Regulariter autem interesse † probari debet per testes, & quia diffi-58 cilis est eius probatio, expedit summam exprimere, *§. non solum. v. oblig. gl. c. delecti verb. cum iustis, de fore comp.* Expensas mallem compensare, sed non video, quo pacto defendi possit.

Sententia.

IN Sachen Haberkorn vnndt Liebenauw Clägere eines/ wieder die gemein vnndt Ganerben zu Weissenbach/ vnd H. Amptman Arnoldt vom Steg/ alle inn Actis benandt Beclagten/ anderstheils/ ist das gerichtliche Decret vff das Actorium † den Ianuarij. Anno. 59. 59 fürbracht/ hiermitt interponirt/ vnnd allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß gemelte Beclagte durch gedachten jhren Amptman/ der Cläger arbeitter/ in angezogener Ertzgruben vff den Silberberg an jhrer arbeit zu verhindern vnndt abzuwenden/

wenden/ darzu durch bemelten Amptman/ 60 vnd jhre Vnderthanen/ wie beclagt/ vff † vnd vmb berürten Silberberg das gehöltz in articulirten gemärcken abzuhawen vnd hinweg führen zulassen/ vnd sie die Cläger an jhrer Posseß vel quasi des Silberbergs so viel dessen jhn Rocher gemahrcken/ wie vblaut/ gelegen/ zu turbiren vnd zu verhindern nicht geziemet oder gepüret/ sondern daran zuviel vnd vnrecht gethan haben/ vñ demnach daruon hinfüro abzustehen/ vnd derwegen jhnen den Clägern gepürlich Caution zuthun/ auch für das abgehauwene vnd hinweg geführte Holtz 300. Flor. so doch/ so fern † sie die Cläger einen Aydt zu 61 Gott vnnd Heyligen Euangelium schweren können/ oder mögen/ daß sie von wegen solches entwändten Holtzes / solche Summa Gelds darüber vnnd nit darunder schaden erlitten haben: deßgleichen die Gerichtscosten / an diesem Kayserlichen Cammergericht auffgelauffen/ nach rechtlicher Messigung/ zu entrichten vnd zu bezahlen schüldig seyn/ alß wir sie auch hiermit darinn vnd darzu condemniren vnnd verdammen. Publ. den 26. Febr. an. 60.

DEC. I. VOTVM IX.

In caussa Burg. vnd Rath der Stadt Spandow/

Contra

Die von Werff ins Dorff.

Lite super possessione turbata pendente non inhibendum.

SVMMARIA.

1. *Attentatorum remedium quando locum non habeat.*
2. *Continuans possessionem iuris venandi, nihil attentat, sed veteri iure vtitur.*
3. *Nemo tenetur dimittere ius suum vel desistere à prosecutione possessionis suæ propter aliquam contradictionem vel appellationem.*
4. *Lite pendente non debet quis sua possessione priuari.*
5. *Vsus Forensis Germaniæ Galliæ Hispaniæ & Brabantiæ in interdicto vti possidetis lite super possess. turbata pendente, est, vt is in possess. maneat, qui tempore motæ litis vere possidebat.*
6. *Recredentia Gallorum.*
7. *Interim Hispanorum.*
8. *Vsus hic an in omni interdicto locum habeat.*

IN NOMINE Domini. Amen.

SVBMISSVM in puncto supplicationũ, pro inhibitione, item pro mãdato de non offendendo, de relaxando & restituendo. Constat ex libello actum interdicto vti possideris retinendæ possessionis. Quoniã vero lite pendente Rei in turbatione bonorum persistunt, ideo actores petunt, se in possessione iuris venandi, immemoriali, continuata, & huc vsq; quieta vsq; ad causæ definitionem, oportunis iuris remedijs, tueri & manu teneri.

Quæstio ergo in eo versatur, *an possimus lite super turbata possessione in decisa pendente, Reis quacunq; inhibere?* Et iuris est notissimi, quod remedium † attentatorum non habeat locum, quoties attentata concernunt principalis causæ decisionem, & quoties attentata non possunt reuocari citra præiudicium causæ principalis. *c. 2. & ibi Gl. verb. electionem integ. rest. C. innoc. c. 1. pr. vt lit. pend. Zas. cons. 13. nu. 60. vol. 2. Cap. decis. 72. per tot.*

Itaque in præsenti causa, vbi supplicatum pro mandatis inhibitorijs, siue dubio processus ex prædicta ratione denegarem, quia huiusmodi processus & inhibitiones ad decisionem causę principalis pertinerent: tum etiam, quod actores continuando † possessionem 2 iuris venandi nihil attentent, sed veteri iure vtantur. *gl. & dd. vb. supra.* Nullus enim tenetur, aut † dimittere ius suum vel desistere à 3 prosecutione possessionis suæ propter aliquã contradictionem vel appellationem, imo desiperet, qui hoc saperet. Ita decidit Rota. *decis. 44. nu. 1. & 2. Appell. in nov.* Cæterum, quia actores pro huiusmodi mandatis inhibitorijs supplicarunt, vix video, qua ratione ipsis decernere possimus. Lite enim † pendente non 4 debet priuari quis sua possessione. *l. fin. C. rei vend. l. 2. C. probat. gl. fin. c. 2. Integr. rest. gl. 1. vt lit. pendent. gl. l. Imp. verb. ab aduersario appellat.* Nisi velimus dicere, eorum possessionem nondum probatam esse, atque hoc ipsum in controuersia positum, an possideant, & sic discutiendum est id, quod in causa principali discutiendum foret. Quo facit quod *d. l. fin. C. de rei vend. & d. l. 2. C. de probat.* loquantur de eo, qui vere possidet, & contra quem intentatum

iudicium rei vendicationis. Cum itaque actorum possessio adhuc controuersa sit, mallem communem casum & stylum Cameræ sequi, præsertim causa principali ad conclusionem perducta, & potius processus in vniuersum denegarem, cum ab inhibitione eos separare nequeam.

Quod si vsus & stylus Cameræ admitteret, pronũciarem ex officio vtrumq; in ea possessione defendendã, quã tẽpore litis obtinebat absque præiudicio, tam possessorij, quàm petitorij, idque ex æquitate. *l. æquissimũ vsufr.* ne scilicet partes ad arma veniant. Quid enim facilius, quam turbare? Quid iniquius, quam ob solam contradictionem aliquem fructu suæ possessionis priuari? Ideo in alijs Curijs Galliarum † & Hispaniarum. Item Brabantiæ, & ferè vbique in inferiori Germania, receptum est, vt breui cognitione is in possessione maneat lite pendente, qui tempore motæ litis verè possidebat, Galli hanc practicam *Recredentiam* vocant, vt tradit Masuer. *in sua pr. t. de poss. nu. 2. & 24.* vbi dicit quod † recredentia iudicat illi, qui ostendit potiora iura *per l. fin. C. ed. D. Adr. toll.* Hispani *Interim* † vocãt, *Didac. Couarr. pr. quæst. c. 17. per tot.* vbi hoc latè prosequitur & tradit, practicã esse, vt habita summaria cognitione iudex interloquatur, actorem vel reum pendente lite in ea possessione defendendum, quam tempore motæ litis obtinebat, sine præiudicio tamen possessionis & proprietatis. Qui quidem forensis vsus æquissimus est & fundatus supra *d. l. æquissimum*, ne scilicet partes alias ad arma venire contingat. Et confirmatur talis vsus. *c. cum venissent inst.* quo in loc. extat interlocutoria sententia ad hoc, vt lite pendente ille defendatur in possessione, penes quem est ipsa possessio. *Abb. & alij d. c. cum venissent.*

Quoniam † autem prædicta practica vigore ordinationis *t. 21. p. 2.* locum solummodo habet in litigiosa possessione, *in sachen der streitigen Possession*, ex ratione. *d. l. æquissimum de vsufr. Guid. decis. 578 per tot. Ferrar. in summa sequestri num. 3.* Et non in omni interdicto possessorio retinendæ, veluti in simplici turbatione, vbi non est metus armorum, ideò seruandũ existimo stylum Cameræ vsitatũ, receptũ hactenus & iure quoque cõmmuni fundatũ, *per iura & rationes supra ad hoc allegatos.* Cõcludo itaque, inhibitionem cum petitis mandatis denegandam. Saluo, &c.

Sententia.

In Sachen Burg. vnndt Rath der Stadt Spandaw / wieder Werfsinsdorff / ist D. Rauw sein beschehẽ Begerẽ hiemit abgeschlagen / die Gerichtskosten derohalben auffgelauffen / auß bewegenden Vrsachen gegẽ einander Compensierendt vnnd vergleichendt / vnnd mögen sonsten die Partheyen in der Hauptsachen forthfaren.

DEC. I. VOTVM X.

In Caussa Eberhardt Pfannenstiels Et Consorten / *Contra* Dorotheam Pfannenstiel Et Consorten.

Causa momentaneæ possessionis. Et l. fin. C. edicto D. Adriani tollendo.

SVMMARIA.

1. *Lite pendente nihil innouandum.*
2. *Index vbi recipit appellationem, potest inhibere iudici à quo ne procedat.*
3. *Iudex non potest cognoscere super re in iudiciũ non deducta.*
4. *Iudex non debet impertiri officium suum super rebus non petitis.*
5. *Possessionem decennalem nemo admittere cogitur propter alterius contradictionem.*
6. *Possessio translata non censetur conditione non existente.*
7. *Iudicis est lites dirimere.*
8. *Appellari non potest in caussis momentaneæ possessionis.*
9. *Appellatio à mero exsecutore nõ admittitur.*
10. *Possessorium non adfert perpetuum grauamẽ, sed tale, quale in petitorio reparari potest. & vot. 1. seq. nu. 16.*
11. *Finis possessorij est principium petitorij.*
12. *L. fin. C. de edict. D. Adr. toll. quando habeat locum, & cui competat nu. 15.*
13. *Obtinere in iudicio debet is, qui potiora iura habet.*
14. *Titulus quem quis habet à defuncto, etiam absque possessione, ad impediendam immissionem in possessionem sufficit.*
15. *Heres ab intestato non habet beneficium l. fin. C. de edict. D Adr. toll.*
16. *Confessio partis æquipollet instrumento.*

IN NOMINE Domini. Amen.

CVM lis in hac causa super libello appellationis contestata, nimirum 24 Januar. & 4 Februar. Anno. 58. & sic causa deuoluta sit, regulam lite † pendente nil innouandum, locum habere, dubium non est. 1

2 Nam vbi † iudex recipit appellationem, potest inhibere iudici à quo, ne procedat, *text. c. Romana. §. quod si obijciatur. Appl. lib. 6. Innoc. c. dilectus 2. rescript. Rota decis. 412. & appel. in nou. decis. 6. eod. & in antiquis. c. non solum appel. in 6.*

Itaq; videndum, an à iudicibus, à quibus post interpositam appellationem, quid attentatum sit. Aiunt appellantes, se fuisse in quieta possessione domus *zum Eichorn* Festeburgi sitę, & nunc demum nõ attenta appellatione per sequestrationem pensionis, & attestatione rerum mobilium in eadem existentium molestari & turbari, atq; hac ratione attentatum. Appellati quamuis in exceptionibus contra supplicationem in puncto inhibitionis diffiteantur, sequestrationem post interpositam interpellationem factam, tamen hoc in duplicis expresse fatentur, sed negant, propter ea quicquam attentatum esse, eo quod dicta sequestratio non sit facta ex causa petitæ immissionis, sed ex capite non seruatæ transactionis, per quam transactionem ipsis appellatis possessio dictæ domus in euentum violatæ transactionis integra seruatur & illæsa, referentes se ad copiam transactionis. Igitur in hoc puncto considerandum existimo, an hæc causa sequestrationis aliquid cum præsenti commune habeat, an verò noualis & separata caussa sit. Equidem mea sententia breuiter cõcludo, aliam & separatam caussam esse, nihilque cum præsenti commune habere: constat enim ex allegatione appellatorum, & exhibita copia transactionis, dictam sequestrationem non ratione præsentis litis, sed nedum ob non seruatam transactionem factam esse. Quo facit, litem super dicta domo coram Scabinis Festeburgẽsibus adhuc indecisam pendere, id quod ab appellantibus nunquam expresse negatum est. Si igitur ratione domus alia lis instituta, quæ adhuc pendet, consentaneum est, Inhibitionem hic decerni desuper non posse. Neq; enim domus in iudicium deducta est, & iudex non potest cognoscere † super re in iudicium non deducta. *l. de qua re iudic.* Quia † nõ debet imperiri officium super rebus non petitis. *l. 4. §. hoc autem iudicium dam. inf.* Ergo in præsenti multo minus inhibere potuit. *c. non filium appel. in 6.* Hoc amplius, concesso etiam, quod dicta sequestratio præsentem causam appellationis aliquo modo concernat propter hereditates fratrum defunctorum, qui dictam domum cum appellantibus pro indiuiso possederunt (vti in conclusionibus appellantium allegatur.) idem tamen adhuc dicendum putarem. Ratio, quia causa principalis quodammodo in ea quęstione vertitur, quo casu receptum est, inhibitionem fieri non posse, *Cap. dec. 12.* 3 4

Non obstat allegata decennalis appellantium possessio, quod nemo † eam admittere cogatur propter alterius cõtradictionem *Rota, decis. 44. nu. 1. & 2.* quia vigore transactionis vera possessio nunquam apud appellantes fuit, sed tantum conditionalis. Conditio autem suspendit actum in euentum conditionis. Ergo conditione non existente, non censetur etiam possessio † translata, cum sola spes sit in obligatione, *c. verum. & ibi Panor. nu. 8. cond. appos.* Concludo ergo inhibitionem denegandam. 5 6

In causa principali.

ET quoniam ad † officium iudicis pertinet lites dirimere *l. quidam existimarũt, si cert. pet. cum simil.* Putarem nos ex officio reiectis grauaminibus, & causa pro conclusa acceptata in principali pronunciare posse, ex quo illa in iure plane, & non in facto, consistit. Cõstat enim ex actis immissionem ab appellantibus ex constitutione. *l. f. C. ad. Adr. tol.* petitam, eamq; per sententiam Scabinorum, appellatis tanquam legitimis contradictoribus interuenientibus, denegatam, ab ea denegatione ad Cameram prouocatum fuit. 7

Nunc iuris est notissimi, in causis momentaneæ † possessionis, vt hæc est, appellari non posse. *l. nu. C. si de mom. poss. appell. fuer. & ibid. Bald. nu. 8.* tametsi secundum communem opin. definitiua sit. *Bartol. d. l. vn. nu. 4. post gl. & ibi Alber. Bald. & alij idem. Bald. l. post sententiam in pr. C. sent. & interl. cum iud.* Ratio: quia remedium *d. l. fin.* est possessorium executiuum, sed in executiuis non admittitur appellatio. Nam à mero † executore non appellatur. *l. quisquis C. quor. app. non recip. Ias. d. l. fin. nu. 29.* Præterea possessorium iudicium parui momenti est, etiamsi res, de qua controuertitur, magni ponderis est. Nam non adfert perpetuum grauamen, sed † tale, quod in petitorio iudicio potest reparari. *d. l. vn. C. si de mom. poss. Bartol. l. admonendi. nu. 55. iureiur. & l. 2. §. fin. C. vbi in rem actio.* Nam † finis possessorij est principium petitorij. *Bald. l. 1. nu. 2. C. vti possid.* Hinc apparet, malè à iudicibus ad quos appellationi delatum esse, quorum sententiã planè confirmandam censeo, quoad denegatam immissionem, non tantum, quia appellabilis non fuit: sed quod † beneficium d. l. non habeat locum, quoties legitimus contradictor existat, *per text. l. fin.* In præsenti legitimos contradictores interuenisse dubium 8 9 10 11 12

nõ esse, sicut ipsi appellãtes fatẽtur in respõsionibus ad defension. & pemptorios articulos nuncupatiuo testamẽto. Anno. 54. à fratribus defunctis, de quorũ hereditate controuertitur nũcupata & cõscripta: id ꝙ etiã testes ad testamentũ Hermãni vniformiter deponũt. Et hęc potissimũ obtinent, si cõtradictor aliquis cõpareat, qui se quoq; possidere dicit, ꝓducendo alium titulum similem titulo petentis, vtputa aliud testamentum, quo casu iudex pronũciabit non esse locum huic summariæ cognitioni ex const. *d. l. fin.* Sed agendum ordinario aliquo iudicio, in quo † is obtinere debet qui potiora iura habet. *Bartol. d. l. fin. nu. 21.* Modo appellati non solum titulum testamenti allegant, verum etiam apprehensionem hereditatis, pro quota ipsorum in bonis testatoris. Nam in 57. art. ponitur, ipsos per sculte tũ *zu Peilstein* immissos esse in possessionem hereditatis defuncti, eamq; immissionem appellãtes non impugnant, sed per errorem factam adseuerant, eo quod tunc tẽporis de legitimis & solenniter confectis fratrum testamentis nondum constabat, quæ allegatio planè impertinens est. Nam ad impediendam immissionem in possessionem, ad cognitionem summariam etiam sufficit, si quis ostendat, se titulum habere ab ipso † defuncto, tametsi non possideat. *l. 1. C. quor. leg. l. 1. §. rediguntur. Eod. Bartol. d. l. fin. nu. 20.* Ergo siue possideant appellati siue non possideant, dum modo titulũ à defuncto habeant, proculdubio impeditur immissio. *Bart. loco. & n. cit.* Sed appellatos titulum à defunctis fratribus iustum habere ex actis notissimum est. Sequitur ergo quod legitimi sint cõtradictores, & quod immissio propterea locũ habere non possit. An vero solennitates per omnia in allegatis posterioribꝰ testamentis vbique obseruatæ sint, non ad hanc caussam immissionis, sed petitoriũ iudicium, petitionis hereditatis pertinet.

13 — 14 (marginal numbers)

Non obstat appellatos ex nuncupatiuo testamento, appellantes & ex scripto testamento heredes esse, quia communiori Doctorum calculo, *d. l. fin.* non solum obtinet in scripto, verum etiam nuncupatiuo testamento, siue in scripturam redactum sit, siue non, Sed heres † ab intestato non habet beneficium huius l. *Fab. d. l. fin. nu. 1. Bald. cons. 317. num. 2. vol. 1.* vbi dat casum, quãdo vtilis cõdictio ex d. l. fin. locum habere possit. Hoc tamen inter vtrumque testamentum interesse, vt testes, qui nuncupationi interfuerunt, priuatim examinentur, & eorum dicta demum publicentur, iuxta formam *l. publicati. C. test am. Ita gl. d. l. fin. quem sequitur Bart. ib. nu. 17. Alex. nu. 21.* vbi dicit ex sententia Baldi, quod remedium *d. l. fin.* etiam locum habeat, quando de nuncupatiuo testamento constaret per cõfessionem partis, quia † confessio æquipollet instrumẽto *l. fin. C. fidei com. l. cũ te. C. transact.* Atq in præsenti casu de nũcupatiuo testamẽto confessionibꝰ appellãtium cõstat, *vt supra dictũ est.* Quare concludo, nos in principali pronunciare posse. Saluo &c.

15 — 16 (marginal numbers)

Finis Decadis primæ Syntagmatis primi
Sequitur
Eiusdem Syntagmatis Decas Secunda.

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM CAMERÆ IMPERIALIS

SYNTAGMATIS I.

DECAS II. VOTVM I.

In Caussa Vnser lieben Frauwen Stiffts zu Festeburg/
Contra
Quirin Pottwitz von Thalum.
Recuperandæ possessionis 10. Achtel Jarlichs Korns betreffendt.

SVMMARIA.

1. *Actio in factum competit loco interdicti vnde vi & recuperandæ.*
2. *Spolium committitur, quando quis impeditur vti iure suo.*
3. *Spoliato certis reditibus, seruitijs, vel iuribus cõpetit interdictũ vnde vi, vel vtilis condictio.*
4. *Remedium c. reintegrandæ omnium recuperandæ possessionis remediorum plenissimum est, & cum omnibus alijs concurrit.*
5. *Interdictum vnde vi, & beneficium c. reintegrandæ, quid differant.*
6. *Iudex ex deductis apud acta eam actionem eligere*

ligere potest, quæ actori magis competere & expedire videtur. (*potestas.*
7 *Clausula salutaris, omni meliori modo, vis &*
8 *Practica can. reintegranda.*
9 *Interdicti vnde vi requisita.*
10 *Spolium non committitur sine possessione: nec enim alius, quam qui possidet, deijci potest.*
11 *Libri rationum seu registra quando probent. Scriptura priuata quando probet.*
12 *Libro antiquo censuali creditur, si conseruetur & reperiatur in loco non suspecto.*
13 *Libris Historiarum & cleronicis, quibus à maioribus semper fides adhibita est, credendum.*
14 *Libri antiqui, etiam lapides & columnæ incisæ inducunt plenam probationem.*
15 *Libri monasterij continentes solutionem censuum aut pensionum probant: modo ita consuetum esse dicant per decennium.*
16 *Probationes semiplenæ per famam vel vnicum testem sufficiunt in possessorio iudicio. & nu. 30.*
17 *Possessorij finis est principium petitorij.*
18 *Cumulari ne possint possessorium & petitoriũ in interdicto recuperandæ.*
19 *Dominij probatio difficilis est.*
20 *Iudex non tenetur super petitorio & possessorio simul pronuntiare, si de vtroq; ei non constat.*
21 *Remedium c. reintegranda datur contra quẽcunq; successorem singularẽ & vniuersalem, bonæ vel malæ fidei possessorem, siue cũ, sine sine titulo. & nu. 5. interdictum vnde vi solum contra spoliantem & eius heredem, non contra singularem successorem.*
22 *Possessio præsumitur continuata ex vnico actu possessionis ante spoliationem.*
23 *Exceptionem præscriptionis an iudex ex officio supplere possit.* (*tũ ope exceptionis.*
24 *Præscriptio nõ tollit actionẽ ipso iure, sed tan-*
25 *Præscriptio centenaria solummodo currit aduersus Romanam Ecclesiam: cõtra reliquas vero quadragenaria.* (*scribatur.*
26 *Præstationibus annuis quanto tempore præ-*
27 *Fructuũ & damnorũ quæ hic habenda ratio.*
28 *Possessor violẽtus tenetur ad omnes fructus, nõ solũ perceptos, sed etiã eos, qui percipi potuerũt.*
29 *Iuramenti suppletorij forma. & 31.*

IN NOMINE Domini. Amen.

INTENTATVM interdictũ recuperandæ possessionis, siue 1 actum actione † in factũ, quæ competit loco interdicti vnde vi & recuperandæ. §. *fin. inst. interd. l. 1. §. fin. gl. ibi verbo in factum vi & vi arm. Petr. Iacob. in sua pr. de actione factum ex interdi-* 2 *cto vnde vi.* Spolium † enim committitur, quãdo quis impedit vti iure suo. *c. querelam. Elect. Bald. l. quis condictionis. nu. 2. Locat. Soc. sen. cons.* 3 *87. nu. 15. vol. 2.* vbi dicit, si quis † certis reditibus, seruitijs vel iuribus, puta colligendi pedagium, vel iure patronatus spoliatur, competit ei interdictum vnde vi, vel vtilis condictio. *l. si quis in tantam. C. vnde vi.* Atqui actores in libello concludunt ad spolium, quod à Reo iniustè spoliati sint possessione decimarum in *Thalum.* Posset etiam dici, actum ex capitulo Reintegrandæ 3. quæst. 1. ideò, quod sit omnium † remediorum recuperandæ possessionis 4 plenissimum, cõcurrens scilicet cum omnibus alijs. Interdictũ † enim vnde vi personale est, 5 sicque competit solum contra eum, qui spoliauit, & eius heredem, non autem singularem successorem. *l. 3. §. 1. vi & vi arm. Ferrar. in for. lib. in caussa spol. possess. §. 1. nu. 6.* At beneficium d. c. *Reintegranda.* datur cõtra quemcunque successorem singularem, & vniuersalem, bonæ vel malæ fidei possessorem, siue cum, siue sine titulo possideat, siue res mobilis sit siue immobilis, *vt plenè tradunt Alex. & Socin. l. rem. quæ nobis acquir. possess. Pan. c. ab Eodem. Rest. spol. Mar. dist. 7. p. 4. num. 22. vsq; ad nu. 50.* vbi *n. 22.* remedia recuperandæ possessionis, & tradit Ferrar. *vbi sup. nu. 6.* Hoc autẽ beneficium siue remedium ex can. *reintegranda,* cum actoribus longè vtilius sit, & iudex eam actionem (si nulla expressa est, maximè si libello adiecta est clausula salutaris *omni meliori modo* &c. nam in nostro casu:) ex deductis † apud a- 6 cta eligere possit, quæ actori magis competere & expedire videtur, *iuxta not. Ias. §. om. nu. 149. Inst. act. & Angl. ibid. nu. 7. circ. f. Pan. c. 2. num. 52. ord. cognit. Dec. cons. 14. num. 13. vol. 1.* Concludo intentatum remedium ex Canone reintegranda. Tantæ † enim potẽtiæ est clau- 7 sula illa ad finem libelli adiecta, *omni meliori modo,* quam DD. salutarem volunt, vt per eam videatur omnis actio & omne remedium, cõpetens & resultans ex narratis, in iudicium deductum. *Ita Angl. d. §. om. & Ias. ibid. num. 149. Fel. c. cum super off. deleg. num. 11.* Vnde consulit, vbi supra, vt in facto dubio & ancipiti, obscuroque iure, ita vt ignoretur, quæ actio competat, semper adijciatur dicta clausula omni meliori modo. Periti † tamen 8 aduocati in materia spolij in petitione libelli qualitatem dicti remedij ex. c. reintegrandæ verbo aliquo exprimere solent, scilicet, petendo restitui & reintegrari possessionem, prout notat & consulit etiam ad euitandam omnem cauillationem. Ferrar. *in for. libelli in caussa spol. poss. §. 1. num. 10.* quæ tamen qualitas & periphrasis in nostro libello omissa est, sed tamen vigore d. Clem. concludo vt supra.

An probata.

NOtum est hoc interdicto duo potissimũ extrema † ad obtinendam restitutionem 9 probari oportere, possessionem & deiectionẽ, *c. cũ olim. caussa poss. & ppriet. c. cũ ad sedem. vbi gl. verb. diutius Rest. spol. c. consultationibus cũ gl. verbo possess. offi. deleg. Boer. decis. 238. n. 3. p. 2.*

Ergo de primo requisito, an actores articulatam possessionem decimarũ probarint. Sine 10 possessione † spolium non committitur, nec enim alius deijci potest, quam qui possidet. *l. 1. & si quis. vers. interdictum vi & vi arm.* Eam autem probare conantur ex libro quodam censuali antiquissimo, alijsq; rationum libris in originali cum copijs collationis hic in Camera iudicialiter exhibitis. Hoc an consecuti sint videamus. Quod ad certas mensuras siliginis puto, rem esse extra dubitationem. Nam vbique in omnibus copijs annotatum habetur, quod maiores rei nobiles, *die Pottvvitzen* dent & soluerint 5. octalia siliginis annua. Id primum constat ex Copia A. B. de anno. 1493. & seqq. annis. Deinde ex copia nu. 1. vsq; ad n. 7. inclus. quia sc. continua annorum serie rei maiores dictas mensuras soluerint. Quod vero ad reliqua octalia siliginis attinet, an ea per *Velten Bromsack* nomine & ex parte nobilium *Pottvvitz* soluta sint, plus habet dubitationis: quam tamen (vt breuis sit resolutio:) sublatam puto verbis disertis & expressis in copijs nu. 2. 3. 4. 5. de annis 1455. 56. 57. 58. 64. 65. In quibus hæc verba annotata reperiuntur, Item *Velten von Bromsack* debet octalia ex parte *Hans Adolphs Pottvvitz* superioris. In copia n. 8. de anno 1530. habetur hæc verba *Thalũ* 20. Octobr. quorum *Hans Pottvvitz* 10. Octobris. modo *Quirin Pottvvitz*, filius, & origo præstationis & solutionis decimarum. Patet ex copia inuestituræ, de dato. 1474. quod sc. actorum antecessores decimas maiores *in Thalum* rei maiorib. iure perpetuæ locationis pro 20. Octalib. siliginis & 10 octalib. tritici annui côcesserint. Ex quibus concludo, actorũ possessionem probatam, si modo eorum libris rationum & registris tanquam scripturæ priuatæ fides sit aliqua adhibenda. Et licet † regu- 11 lariter priuata scriptura non probet *l. rationes l. exemplo. C. probat.* Illud tamen in antiqua priuata scriptura non obtinet, quæ propter antiquitatem iuris quadam præsumptione etiam plenam fidem facit, *c. ad audientiam præscript. & ibi Pan. Fel. & communiter Dd. & in c. cum causam. prob. Bartol. l. 1. nu. 22. si cert. pet. Spec. in strum. edit. §. nunc. dicend. & §. vidend. vers. nam qui libros. de probat. Crauetta antiq. temp. §. viso. nu. 2. cum seq.* Atq; id multo magis in libris censualibus & registris officiorum & redituum obtinet, si modo tales libri conseruentur à personis fide dignis, & in loco non suspecto, sed in Archiuo publico, quo casu priuatam scripturam fidem facere etiam inter alias personas traditum est, *per text. c. ad audientiam, & ibi Panorm. inquit.* Credi libro cen- 12 suali † antiquo, dummodo reperiatur & conseruetur in loco non suspecto. Idem Pan. *c. cũ causam. nu. 1.* inquit, hoc procedere, etiamsi agatur de magno præiudicio, si talis liber vel scriptura sit, cui ab antiquis nostris communiter creditum est, & adhoc communiter Doctores allegant. Ex quibus infert, libris † Hi- 13 storiarum & Cleronicis, quibus à maioribus semper fides adhibita fuit, credendum esse. *gl. c. inter dilectos. fide instr. verb. magis.* Et Spec. *d. §. viden. de probat.* dicit quod per libros antiquos, etiam lapidibus † & columnis incisis, inducatur plena probatio. 14 *Crauett. de antiquit. temp. §. octau. datur. nu. 12. cum alleg. ibid.* Idem obtinet in registris, si sint bene custodita & reperiuntur in Archiuis Authenticarum personarũ, puta eorũ, q habent potestatẽ Authenticas scripturas faciendi. *Innoc. c. 1. inf. peurat. p illũ text. & p c. ad audientiã. Felin. d. c. ad audientiã.* Quod libris † monasterij cõtinentibus so- 15 lutionẽ censuum aut pensionum fides detur, tenet etiam Roman. *cons. 127. nu. 1. per text. d. c. Census probat. & Dec. cons. 146. nu. 10. vol. 1. Boer. decis. 105. nu. 11. p. 1. Crauett. d. tr. n. 80.* Quod maxime procedit, si conseruentur huiusmodi libri rationum inter alias scripturas publicas per officiales ad hoc deputatos, & agatẽ de modico pîudicio, vt in nostro casu Doctores, vbi supra, maxime Crauetta, qui ad hoc multas autoritates adducit. Accedit doctrina *Bal. l. f. n. 9. C. sine censu vel reliquis*, dicẽtis, quãdo per libros censuales apparet, ꝙ ita est consuetum per decennium, non esse aliud inquirendum *p. d. l. censu & l. litibus. C. Agric. & cons. lib. 11.* Idem Bald. *l. si certis annis. C. de pact. nu. 7. cum seq.* docet, quod ex qualitate præstationis oriatur quædam præsumptio pro creditore, quantum ad retentionem soluti. *l. cum de indeb. solut.* sed quantum ad futuram pręstationem requiruntur præsumptiones continuatæ ex præstatione longi tẽporis, ex quibus augetur effectus simplicis præstationis, & transit præsumptio in speciem probationis ad agendum. Et hoc notatu dignum putat pro Emphyteutis, qui perdiderunt instrumenta Emphyteutica, nam qualis apparet solutio, talis præsumitur pręcessisse concessio.

In nostro ergo casu propter antiquitatem scripturæ, & locum, in quo publicè tanquam in Archiuo capituli huiusmodi libri vnà cum alijs publicis scripturis adseruantur propter tot annorum præstationes, propter originem communem, de qua ex transuersali. *nu. 38.* constat, quod de modico præiudicio agatur, Concludo, huiusmodi rationibus & registris fidem adhibendam. Et hoc maxime in iudicio possessorio, in quo nos modo versamur, vbi † 16 etiam semiplenæ probationes, per famam vel vnicum testem sufficiunt. *Bartol. l. 1. nu. 10. C. quor. bon. Dec. cons. 58. in pr. & cons. 663. nu. 2.* Causa enim possessorij parui est præiudicij, etiamsi res, de qua cõtrouertitur sit maximi momenti: eo quod non adfert perpetuum grauamen, sed tale, quod in iudicio petitorio recupe-

superari potest. *l. 1. C. si de moment. poss. & ibi Castr. in pr. Bartol. l. admonendi. nu. 55. inreiur. & l. 2. §. fi. in pr. vbi in rem actio.* Finis † enim 17 possessorij est principium petitorij. *Bald. l. 1. nu. 2. C. vbi possid. Bartol. d. l. admonendi.* Posset tamen secundum com. opin. Dd. in interd. 18 recuperandæ † possessionis vtrumq; iudicium petitorium, cum possessorio cumulari. *l. cum fundum. vi & vi arm. Ferr. in for. lib. perturb. poss. verb. ad cassand. nu. 9. DD. l. naturaliter. §. nihil commune. Acquir. poss.* Sed hîc factum non est, & rectè, propter difficultatem probatio-19 nis, Dominij enim † probatio difficilis est. *Dd. l. siue possidetis. C. probat. Boer. decis. 42. per tot. p. 1.* quanquam iudex non teneatur † super v-20 troq; pnunciare, si de vtroq; ei non cõstat, sed tantum super possessorio, *prout latius distinguit Ferrar. loco cit. nu. 10. per. Iur. ibi alleg.*

Quod ad alterum requisitum attinet, in cõfesso est, Reum petitas decimas possidere, sed an ipse spoliarit in actis non apparet, quia non constat an vnquam soluerit ipse dictas decimas. Puto satis esse, si probent actores de simplici detentione in hoc interdicto, maximè si 21 dicamus intentatum remedium d. c. † *reintegranda*, quod non tantum contra singularem, sed etiam vniuersalem successorem, & quemcunq; possessorem competit, vt initio dixi, sufficit etiam spoliatum possedisse per tempus aliquod ante spoliationem. Nam hoc proba-22 to, præsumitur † continuata possessio & sequens possessor præsumitur clandestinus violentus, nisi probet titulum suæ possessionis. *Innoc. c. sæpe. num. 2. Rest. spol. l. non ignorabis. C. ad exhib. Ferrar. for. lib. huius actionis verbo sæpius. nu. 2. vbi plures allegat.* Satis igitur est, maiores rei soluisse, & actores modo à Reo tãquam singulari successore turbari, nisi quid de suo titulo doceat.

Concludo igitur, hoc requisitum sc. spolium probatum.

Vnicus adhuc occurrit scrupulus, cum apud acta non habeamus documenta solutionum, ab Ann. 1487. vsq; ad annum. 1530. an huic præstationi præscriptum sit? Hæc exceptio præscriptionis à Reo non est opposita. 23 Quæritur, † an iudex supplere, & eã ex officio attendere possit? Variant ea in re Doctores *vt plene per Boer. decis. 344. nu. 1. 2. 3. in vtramq; partem. Guido. decis. 221. per tot. p. 2.* Conclu-24 ditque quod non eo quod præscriptio † non tollat actionem ipso iure, sed tantum ope exceptionis, *per gl. sicut verb. facultatem, præscr. 30. annor.* Contrarium tenet Panor. *d. c. 1. ad aures præscript. per ill. text.* quod sc. præscriptio tollat ipso iure actionem, & sic à iudice ex officio attendenda sit, quam opin. Cam. sequi attestatur, Mynſ. *obs. 28. conf. 3.* Vt sit, & dato, quod attendi debeat, videndum an obstet actoribus? Certum est, contra Romanam Ecclesiam † solummodo currere centenariam 25 præscriptionem *auth. quas actiones C. SS. Eccles.* contra reliquas vero quadragenaria, *d. auth. quas actiones. c. de quarta. c. ad aures. c. illud præscript. Guid. in decis. per tot.* Subducto igitur calculo ab anno. 87. vsque ad annum 1530. constat tempus 40. annorum effluxisse, & sic huic præstationi præscriptum.

Breuiter, in hac facti specie putarem dictam præscriptionem, actoribus præiudicare non posse eo, quod secundum communem & receptam Dd. opin. *l. cum notiss. §. fin. C. præscript. 30. annorum,* annuis præstationibus nõ præscribatur, tam in contractibus, quàm vltimis voluntatibus. *d. §. fin. Cyn. latiss. ibid.* quia tot scilicet præscriptiones, quot anni. Huiusmodi † autẽ præscriptiones ad futuros annos & fu- 26 turas pensiones se non extendunt, nisi cessatũ sit spacio 100. annorum, *vt pulchre tradit Guid. decis. 406. cum duabus sequentibus* vbi dicit, Secundum eam opin. quæ fuit Martini glossatoris antiqui, *vt refert Accus. d. l. cum notissimi §. si verbo cuiusq; anni:* in omnibus curijs iudicatum fuisse quam & Mynſ. *obs. 3.* in Camera receptam attestatur.

Cõcludo itaq;, possessionem actorum probatam esse, & præscriptionem non allegatam, sed tamen ex actis apparentem, non obstare ad futuras præstationes *Dd. vbi supra.* Itaq; † 27 fructuum & damnorum rationem hic à tempore recusatæ solutionis, & sic cœptæ litis habendam arbitror, *l. 1. § ex dic. vi & vi arm.* Violentus enim possessor † tenetur ad omnes fru- 28 ctus, non solum perceptos, sed etiam eos, qui percipi potuerunt. *c. grauis, & ibi gl. verbo fructus. Rest. spol. c. conquerente vers. præceptis eod. tit. c. cum causa in gl. in f. off. iud. deleg.* Præterea damna plenariè resarcire tenetur propter Dd. *c. grauis.*

Concludo actionem probatam & non elisam. Pronunciandum secundum petitionem actorum. Saluo &c.

Alij putabant, actorum possessionem sufficienter non esse probatam, & ideo ipsis actoribus iuramentum suppletorium † deferen- 29 dum, quod mihi non videtur necessarium, cum ex rationibus allegatis tum potissimum, quod in possessorio iudicio etiam semiplenæ probationes, veluti per famam vel † vnicum 30 testem sufficiant. *Bartol. d. l. 1. nu. 10. Quor. bon. & l. 2. § fin. in pr. C. vbi in rem actio. Dec. cons. 56. in pr. p. 1. & cons. 663. nu. 2. p. 5.* Idq; maximè procedit in interd. recuperandæ possessionis, cum sit priuilegiatum odio spoliatoris. *l. si quis ad se fundum. vbi Bartol. C. ad l. Iul. de vi pub. C. pastoralis. de causa poss. & propriet. c. cum ad sedem de Rest. spol.* Eo tantum non attento, maioribus votis fuit conclusum, iuramentum suppletorium esse deferendum. Pronũciatum vt sequitur.

Senten-

Sententia praeambula.

IN Sachen vnser lieben Frauwen Stifft zu Festeburg/ Clägern eins/ wieder Weylandt Quirin Pottwitz von Thaln jetzo desselben Erben in Actis benandt / ist der beschluß N. Tagk beschehen hiermit rescindirt, vnndt von Amptswegen der Beschaidt / wöllen vndt mögen gedachte Cläger durch sich selbst/ oder durch jhren vollmächtigen Anwaldt/ schweren einen Aydt zu Gott / das Weylandt Hans Pottwitz/ des beclagten Vatter oder der Beclagte selbst die streittige zehē Achtel Korn bezahlt vnd entrichtet haben/ daß solches gehört vnd ferner darauff ergehen soll/ was Recht ist.

Postea exhibito speciali mandato ad iurandum. &c. Pronunciatum in sachen vt supra ist D. Thannæus zu angebottenem Aydt hiermitt zugelassen.

31 *Forma † Iuramenti.*

IHr als Anw. Dechand vnd Capittels zu vnser lieben Frauwen Stifft zu Festeburgk contra Weylandt Quirin Pottwitz. Jetzt desselben Erben in actis benant / solt schweren einen Aydt ꝛc. In die Seele euwer Partheyen / dz Weylandt Hans Pottwitz des beclagten Vatter / oder der Beclagte selbst / die streittige zehen Achtel Korn bezahlt/vnnd entrichtet habe/ ohne alle gefehrde.

Sententia lata & Iuramentum præstitum 18. Ianuarij. Anno 66.

Sententia definitiua.

IN Sahen/ vt supra, ist allem fürbringen nach vnndt auff erstatten Aydt zu Recht erkant / daß gedachtem Beclagten nicht gezient noch gepürt/ Sie die Cläger jhrer possession vel quasi der jährlichē in actis angezogenen 10 Achtel Korns geclagter massen zu spolijren vnnd zu entsetzen / sondern darinn zuviell vnd vnrecht gethan habe / derhalben jhnen den Clägern solche possession vel quasi gemelter Jdrlich Zehenen Achtel Schonkorns sampt dem austandt von Zeit ahn beschehener Entsetzung zu restituiren vndt einzuantworten / darzu die Gerichtscosten derohalben auffgelauffen nach rechtlicher Ermessigung zu entrichten vnnd zu bezahlen schüldig seyen/ als wir sie darzu hiermit condemniren vnd verdammen.

DEC. II. VOTVM II.

In causa Eichbaums Appellantis,

Contra

Goldthabern Appellatum.

In Caussa donationis à Clerico in spurium suum facta.

SVMMARIA.

1 *Donatio in concubinam collata valet.*
2 *Legatum concubinæ relictum valet.*
3 *Spurius matri suæ in re donata vel legata succedere potest.*
4 *Milites & Clerici concubinis nihil donare aut relinquere possunt.*
5 *Clerici ex voto caste viuere debent, nec concubinas habere possunt.*
6 *Nati ex concubinis clericorum & militum dicuntur non solum spurij, sed & incestuosi.*
7 *Clericus est miles cœlestis.*
8 *Aduocati & patroni non possunt donare & relinquere concubinis suis.*
9 *Aduocati sunt milites literarij, & equiparantur armatis.*
10 *Prohibita fieri lege, si fuerint facta, pro inutilibus & infectis habentur.*
11 *Principali cassato, omnia, quæ ex eo sequuntur, cassantur.*
12 *Antecedente destructo & ipsum consequens cadere necesse est.*
13 *Spolium non committitur sine possessione.*
14 *Possidere & in possessione esse differunt.*
15 *Intell. constit. l. si quis in tantam C. vnde vi.*
16 *Spurijs de iure ciuili non debentur alimenta: secus de iure canonico n. 19.*
Spurijs parens nihil donare aut relinquere potest & nu. 21.
17 *Spurij excluduntur in totum à successione parentum, in tantum, vt non valeat statutum in contrarium disponens.*
18 *Statutum vt spurij succedant est contra bonos mores, & dat occasionem fornicandi.*
20 *Spurius si non habet vnde viuat, est alimentandus à patre secundum facultates.*

22 Pos-

22 *Possessio ciuilis & naturalis, adeoq; dominium nobis ignorantibus acquiri potest non tantum per procuratorem cum mandato, sed etiam per procuratorem sine mandato.*

23 *Papa legitimando aliquem, intelligitur legitimare sine praeiudicio alterius.*

24 *Spurij per rescriptum principis legitimari non possunt, nisi expresse dicatur in rescripto, non obstante aliqua lege.*

25 *Legitimatio spuriorum fit ex absoluta potestate principis, non ex ordinaria.*

26 *Spurij sunt magis odiosi, quam naturales.*

27 *Naturales succedūt parētibus: secus in spurijs. in Legitimatione omnes defectus detegi oportet, alias rescriptum erit obreptitium.*

28 *Imperator non censetur illud tollere voluisse, de quo non habuit notitiam.*

IN NOMINE Domini. Amen.

DICI potest, actum partim officio iudicis, quod loco actionis proponitur, ad annullandum sc. possessionem reorum, vi occupatam partim ex contradictione. *l. si quis in tantam. C. vnde vi.* ad videndum eosdem incidisse propter violentiam commissam in pœnā. *d. l. si quis in tantam.* Duplex enim libelli petitio est, sed verius actū puto solummodo condictione. *l. si quis in tant.* quia agitur non solum ad restitututionem possessionis, sed etiam ad amissionē Dominij, *prout declarat Rofredus in const. d. l. si quis in tantam.* Videndum ergo an ea actio actori competierit. Frustra enim de probatione quærimus, si nulla competijt actio. Nam donatio causa mortis. Item eiectio mortis sufficientissime probata sunt. Ergo non tam in facti, quam iuris quæstione versamur, cum factum in confesso sit. De iure quæritur videlicet vtrum *talis donatio à Clerico sacerdote in concubinam & spurium actorem nostrum facta valuerit, & vtrum vigore eius donationis in possessionem vnquam venerit.* Quod ad firmitatem donationis attinet, licet regulariter 1 † donatio in concubinam collata valeat. *l. affectionis l. donationes in concubinam. de donat.* quē-2 admodum † & legatum *l. qui concubinam. l. 3.* 3 *Ancor. cons. 237. nu. 1.* & spurius † matri suæ in re donata vel legata succedere potest. *Bartol. l. fin. nu. 4. de his quibus vt indig. Durant de art. test. si caut. in pr.* tamen hoc non procedit in 4 concubina † militum & clericorum, quibus à militibus & clericis nihil donari vel relinqui poterit, *de milite. text. expres. l. 2. C. dom. int. vir. & vxor. l. miles. Item §. mat. milit. testam. gl. l. hac ratio. §. 1. verbo. concubina don. inter vir. & vxor. Bartol. d. l.* Affectiones in clericis 5 maior militat ratio, quia ex † voto castè viuere debent, & concubinas habere non possunt *l. eum qui reprobabilem. C. Ep. & Cler. & ext. cohab. cler. gl. §. pen. verbo participium. Quibus modis natales effic. sui.* Et nati ex huiusmodi † 6 concubinis dicuntur non solum spurij, verū etiam incestuosi, *vt notat gl. in l. 2. verbo filij C. Ep. & Cler. & ibi Bald.* Et hoc in specie tenet Bartol. *l. 2. in fin. C. de damn. inter. vir. & vxor.* Quia inquit † Clericus est miles cœlestis mili-7 tiæ. *Item Bartol. l. miles. nu. 4. Re iudic.* vbi hoc extendit ad aduocatos, qui literariam militiam exercent, vt non possint donare vel relinquere † aliquid concubinis suis, *fac. gl. d. l. miles* 8 *verb. facere.* quod non solum milites armatæ militiæ, verum etiam patroni, & Clerici, eatenus teneātur, quateanus facere possunt: vbi † 9 aduocatos & clericos militibus armatæ militiæ comparat. Idem tenet. Anch. d. *cons. 247. & Bartol. vbi supra.* Si igitur donatio in matrē actoris tanquam concubinam collata, nullius fuit momenti, certe nullus ex eo iuris effectus sequi, nulla possessio acquiri potuit. Nam † ea, 10 quæ lege fieri prohibētur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habentur, *l. non dubium C. LL.* & cassato principali, omnia †, quæ ex eo sequuntur cassantur. *gl. c.* 11 *nihil est verb. administrant. elect.* Quemadmodum destructo antecedente † & ipsum conse-12 quens cadere necesse est. *l. 1. off. eius Cui gl. nihil dolo §. cum principalis R. iur.* Si nulla possessio, nullum quoq; spolium, nulla deiectio allegari poterit. Spolium † enim non commit-13 titur sine possessione. *l. 1. § si quis vi & vi arm.* Verū actor is fuit in possessione domus, vt cōcubina donatoris, non tamen possedit eā. Aliud † enim est possidere, aliud esse in possessio-14 ne *l. cum meo acquir. poss. Schurff. cons. 35. in f. cent. 1. prout latius supra in voto 52.* At † consti-15 tutio d. l. *si quis in tantam,* non loquitur de detentatore, sed possessore, nec in qualibet violentia, sed expulsiua tantum. *Rofred. in const. l. si quis in tantam per illum text.* Si hæc in matre concubina obtinent, quod scilicet donatio in eam collata non valeat, magis in filio spurio actore ex improbato & nefario complexu nato obtinere debent. Nam talis patens de iure communi nihil donare, nihil relinquere potest, adeo vt de iure † ciuili ijs ne alimenta qui-16 dem debeantur. *text. §. vlt. si quidem Authe. Quibus modis natales eff. suo Auth. ex complexu C. incest. nupt.* Sed penitus & in † totum exclu-17 dantur à successione parentum, in tantum vt nō valeat statutum in contrarium disponens, tanquam † contra bonos mores, eo quod da-18 ret occasionem fornicandi. *Bald. l. 1. n. 3 C. iur. aur. ann. Dec latè c. in præsentia n. 43 pbat.* Licet de æquitate † Canonica, quæ hodie secundum 19 communē Dd. opin. vbiq; tam in terris Imperij, quam Ecclesiæ seruatur, alimenta ipsis debeantur. *text. c. cum haberet. de eo qui duxit in matri-*

matrimonium, secundum facultates. *Bartol. d. l. fin. nu. 7. Iaſ. conſ. 26. vol. 1.* vbi communem dicit. Quod tamen eatenus procedit, ſi † ſpurius aliunde non habet, vnde viuat, puta ex artificio vel officio aliquo, *vt limitat Dec. conſ. 576. nu. 3. per l. ſi quis a liberis. §. ſed et ſi filius. lib. agnoſc. Bart. ibid.* quo caſu pater alimenta illa præſtare nō tenet. At in præſenti actor noſter beneficio & ſumptibus patris ſui non tantum alimenta & vitæ neceſſaria, ſed etiam locupletiſſimum habet patrimoniū, non ſolum ex beneficio Eccleſiaſtico ſc. canonicatu, quàm ex officio publico, quod in ſingulis menſes 12. ducatos valet, vti omnes teſtes vno veluti ore deponunt. Ergo facta donatio ad cauſam alimentorum trahi non poteſt, neq; ea mente à donatore, vti conſtat ex inſtrumento donationis, collata fuit. Subſiſtit itaque, firmaque permanet communis vtriuſq; iuris theorica, quod pater ſpurio † ſuo nihil donare vel relinquere poſſit, & p conſequens, ꝙ iſta donatio actori & matri ſuę facta ipſo iure inualida fuerit. Vnde apprehenſio matris concubinæ, ſiue potius nuda habitatio filio ſpurio actori noſtro poſſeſſionem acquirere non potuit. Licet aliâs regulariter, non tantum † procuratorem cum mandato, verum etiam per extraneum ſine mandato nobis etiam ignorantibus poſſeſſio ciuilis & naturalis, adeoque dominium acquiri poſſit *l. 1. & ibi gl. verbo. liberam. C. acquir. poſſ. l. per procuratorem C. eod. tit. & l. 1. §. per procurat. Eod. §. ex his inſt. per quas perſonas nobis acquir.*

Non obſtat allegata legitimatio 1. Quia de eius tenore nobis non conſtat, cum exhibitum non ſit aliquod inſtrumentum legitimationis. Deinde quod talis legitimatio cenſeatur facta ſine præiudicio legitimorum heredum, & quod ad ordines ſacros tantum ſit reſtringenda, non ad hereditates vel ſucceſſiones, vt rectè rei replicando obijciunt. Papa † etenim legitimando aliquem in dubio intelligitur legitimare ſine præiudicio alterius. *c. quamuis. Reſcript. in 6. Alex. conſ. 94. nu. 7. in f.* Præterea ſi hereditatum eſſet capax, proculdubio inſtrumentum legitimationis iudicialiter exhibuiſſet. Tertiò facit, quod † ſpurij p reſcriptū principis legitimari nō poſſint, niſi dicat expreſſe in reſcripto nō obſtante aliqua lege, quæ eſt in auth. *Quibus mod. nat. eff. ſui. §. vlti. ſiquidem ibi hoc. gl. not. verb. participium. Curt. ſen. conſ. 35. nu. 27.* Legitimatio † enim ſpuriorum non fit ex ordinaria poteſtate principis ſed abſoluta. *§. fin. & ibi gl. d. auth. quib. mod. nol. eff. ſui. Curt. d. conſ. 19. & 32.* Licet ſec⁹ ſit in naturalib⁹. *Curt. ibid.* Quia ſpurij † ſunt magis odioſi, quā tales ex libera matre nati. *Auth. ex complexu. C. inc. nupt. Dec. d. conſ. 433. n. 15.* Quia naturales parētibus ſuccedere † poſſunt ſecūdum diſtinctionem, Auth. *licet. c. nat. lib.* ſecus eſt in ſpuriis, *vt ſupra d.* Cū igitur ſpuriorum legitimatio fiat ex plenitudine poteſtatis, requiritur, vt à ſupplicante vitium detegatur, hoc eſt, an ſit ſpurius vel inceſtuoſus, an nat⁹ ex adulterio vel naturalis tantum. Et ſi ſint plures defectus, non ſufficit vnius expoſitio, ſed omnes exprimi debent, aliâs vno vitio celato, tanquam ſub, & obreptitium non valebit reſcriptum, quia † Imperator non cēſetur illud tollere voluiſſe, de quo non habuit notitiam. *Pan. cum in miſeria. nu. 4. Reſcript. Dec. conſ. 462. nu. 2. cum alleg. ibid. Curt. ſeni. d. conſ. 35. nu. 27.* Ex quibus omnibus concludo, actionem nullam actori competijſſe, & per conſequens iudicatum male, per iudices primæ & ſecundę inſtatiarum bene appellatum, per iudices vero proximæ inſtantiæ bene iudicatum, malè appellatum. Saluo. &c.

Sententia.

IN Cauſſa Thillman Eichbaums Appellantis ex vna, cōtra David Goldhebern/ & conſortes, appellatos ex altera parte decernimus & pronunciamus per iudices proximæ inſtantiæ, benè iudicatum, malè appellatum, ſed per iudices primæ & ſecundæ inſtantię, malè iudicatum, bene appellatum. Expenſas in hoc Imperialis Cameræ iudicio factas ex cauſis mouentibus compenſando.

DEC. II. VOTVM III.

Frantz von Bopſingen/

Contra

M. Sebaſtianum Selig.

In Cauſa ſpolij auecti vini, & occupatarum vinearum.

SVM

SUMMARIA.

1 *Exceptio spolij ante omnia definienda est.*
2 *Exceptio spolij ante litis contestationem proponenda.*
3 *in Spolij caussa quid probandum.*
4 *Spoliatio præsupponit possessionem.*
5 *Possessione alius deijci nõ potest, quam qui possidet.*
6 *Vis etiam committitur in occupanda possessione alterius.*
7 *Spolium committitur quando quis impeditur vti iure suo.*
8 *Impeditus exigere gabellam dicitur spoliari.*
9 *Exactio collectarum probat iurisdictionis possessionem.*
10 *Interdictum vnde vi cõpetit spoliato iure colligendi pedagium, & supra. Dec. 2. vot. 1. nu. 3.*
11 *Iuste possidet, qui pratore auctore possidet.*
12 *Iudex procedens absque caussa cognitione spoliare dicitur: & aduersus eum potest agi possessorio recuperandæ. nu. 14.*
13 *Pro Iudice quandoque non præsumitur, quod iuste processerit.*
15 *Spoliatus a iudice non potest petere restitutionem.*
16 *Pœna non euitatur pretextu sententiæ iniquæ. Ingrediens possessionem virtute sententiæ, parte non audita, sine caussæ cognitione, priuatur iure suo.*
17 *Exceptio spolij an habeat locum in rè mobili ablata.*
18 *Interdicta possessoria pro re mobili nõ competunt, nisi per consequentiam.*
19 *Fructus fundi pars sunt, & eadem actione, qua fundus ipse repetuntur.*
20 *Praiudicium admissæ exceptionis ante libellum.*
21 *Et spolium quãdo per viam actionis, & quãdo per viam exceptionis intentatum dicatur.*
22 *Fructuum quando æstimatio tantum, quando vero restitutio recte petatur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

ACTORI agenti ex transactione ad reliquam summam in libello specificatam, obijcitur Exceptio spolij; peciturq; eundem non audiri, nisi facta prius Reo per vim ablati restitutione. De caussa igitur principali nihil dicendum, sed nostra submissio in eo versatur. *Vtrum Reus propter allegatam exceptionem spolij non teneatur respondere ad articulatum libellum?*

1 Et quidem † probata Exceptione spolij clari iuris est, Reum non tenere respondere, nisi sit prius restitutus. *c. cum dilectus. c. fin. & ibi gl. ord. cog. Specul. tit. de petit. & poss. §. 1. num. 14. Panorm. c. accedens. 2. vt lite non cont. Ripa. l. naturaliter. § nihil commune. nu. 63. acquis. poss. Maran. p. 4. dist. 6. nu. 33. & 35.* Talis † autem exceptio cum sit dilatoria ante litis contestationem proponi debet. *d. c. fin. gl. c. frequens. verbo perimitur. Rest. spol. lib. 6. Panorm. d. c. cum dilectus. nu. 2.* id quod hic quoq; factum est. 2

Videndum ergo. 1. An probata. 2. An per defensionales Elisa. 3. Quid pronũciandum.

Circa probationẽ † duo extrema spoliatus probare debet, ad obtinendum restitutionem, possessionem & deiectionem. *c. cum olim. caussa. poss. & proprietat. c. cum ad sedem, vbi gl. verb. diutius. Rest. spol. c. Consultationibus, & ibi gl. verbo possessionem off. deleg. Dec. cons. 671. in pr. vol. 5. & cons. 125. num. 1. vol. 1. Boer. decis. 238. p. 2.* 3

Quoad primum requisitum, constat ex omnium testium depositionibus ad 2. art. except. Reum fuisse in possessione articulatarum vinearum, & quidem annis 40. vti deponunt, 1. 2. 3. testes ad 7. & 8. art. Vnde concludo, possessionem probatam.

Probata possessione videndũ de spoliatione. Nam † impossibile est, probare spoliationem, nisi possessio probetur: quia † nec alius deijci potest, quam qui possidet. *text. l. 1. §. si quis vers. interdictum vi & vi arm. Dec. cons. 125. vol. 1. in pr.* Paucis concludo, spoliationem quoque probatam esse, tam ex dictis testium, nimirum 1. 2. 4. ad 11. art. except. qui illum verum dicunt, quam etiam propria actoris confessione ad eundẽ art. vbi fatetur, quod vinum hinweg führen lassen vnnd mit genommen. Fatetur ergo spolium & vim commissam. Vis enim nõ solum fit, cum † corporibus vulnera infliguntur, sed etiam, si quis sua sponte alterius possessionem occupet. *l. quod extat. quod met. caussa,* & spolium † cõmittitur, quãdo quis impeditur vti iure suo. *c. querelam. Elect. Bald. l. si quis conductionis. n. 2. C. locat. Soc. cons. 187. n. 15. vol. 2.* vbi dicit, si quis impediat † exigere gabellam, quod dicatur spoliari quasi possessione. Exactio † enim collectarum probat quasi possessionẽ iurisdictionis. *c. licet caussam. de probat. Spec. tit. Rest. Spol. §. nunc dicemus.* vbi secundo singulariter notauit: si † quis certis reditibus, vel seruitijs, vel iuribus, puta colligendi pedagium vel iure patronatus spoliatur, competere interd. vnde vi vel vtilem constitutionem, *si quis in tantam. C. vnde vi.* Sequitur de Elisione. 4 5 6 7 8 9 10

An Elisa.

NOn excusat spolium à seruo actoris, scilicet autoritate iudicis in vineas immissum,

sum, & sic iure vindemiare potuisse, cum † iuste dicatur possidere, qui actore pretore possidet. *l. iustè possidere. acquir. poss. l. qui autore R. iur.* Nam ex dictis testium nusquã de legitima immissione cõstat. Quod enim ad mandatum iudicum vindemiam fecit, nihil habet momenti, quia tale mandatum parte aduersa non citata nihil valet. Imo spoliare dicitur Iudex, quãdo † sine caussæ cognitione nullo iuris ordine seruato procedit, & hoc modo spoliatus ante omnia restituendus est. *c. conquerente & ibi. DD. Rest. spol.* & ibi Panorm. *nu. 3.* dicit, quod licet præsumatur pro iudice, quando † procedit iudicialiter, quod iuste processerint. Secus tamen est, si procederit extraiudicialiter de facto, vt in casu nostro. Et ibid. *nu. 6.* dicit mente tenendum, quod contra iudicem iniuste spoliantem † possit agi possessorio recuperandæ, sicut contra priuatum. Nam, quod dicitur *in c. præsentiam 1. q. 1.* Spoliatum † à iudice non posse petere restitutionem, quia pro eius processu præsumitur, illud procedit, si iudicialiter processit: secus si extraiudicialiter. Et sic quoque limitat *d. l. iuste possidet.* Panor. vt supra. Et prædicta regula locum habet etiã in spoliato à Iudice, *vt d. est. Ripa. l. naturaliter. § nihil commune. num 58. cum seq. acquir. poss. Boer. decis. 138. nuu. 4. p. 2.* Hoc amplia, quod † ingrediens possessionem virtute sententiæ, parte non audita, sine causæ cognitione priuatur iure suo. *l. meminerint C. vnde vi. l. fin. C. si per vim vel alio modo. Ripa. d. §. nihil commune. num 59. cum seqq.* Sed dubitatio hic vertitur, an simus in tali casu, vbi dicta regula, *Spoliatus ante omnia*, locum habere debeat, eo quod repetatur & tum restitutio rei mobilis, nempe vini ablati? Sed † nullum interd. possessorium comparatum est pro re mobili. *l. 1. §. illud. vi & vi arm. gl. Bart. l. rem. quæ nobis requir. poss.* Circa mobilia non cadit spoliatio, sed competit actio furti vi bonorum rapt. aut actio ad exhibendum. *d. §. illud.* vel alia remedia possessoria dantur, quæ recensentur per Bart. & Alex. *d. l. rem. quæ nobis Mar. p. 4. distinct. 7. num. 22. cum seq. Anchor. cons. 248. nu. 3.* quorum vtilissima est condictio ex can. *redintegranda. 3. q. 1.* Inepte ergo super vino & sic super re mobili spoliatis adducta esse videtur, & per consequens regulam *spoliatus* &c. locum non posse habere, *per iura allegata.* Puto tamen contrarium hoc casu defendi posse. I. Quia exceptiones spolij sunt in Camera admissæ. II. Quamuis † principaliter non cõpetat interdictum pro re mobili, tamen in cõsequentiam etiam pro rebus mobilibus datur. *d. l. 1. §. illud. vi & vi arm. Alex. d. l. rem. quæ nobis. nu. 8. text. c. grauis est. rest. spol.* Nã ex interdicto recuperandæ non solum venit restitutio rei inuasæ, sed etiam plenaria restitutio rerum mobilium inde ablatarum, resartio damnorũ, plenaria restitutio fructuum, non solum perceptorum, sed etiam, qui percipi ab antiquo possessore potuissent. *d. c. grauis. & ibi Panor. nu. 12.* III. Quia vuæ fuerunt † adhuc pendentes, & sic pars fundi. *l. fructus pendentes. R. vend.* Vnde etiam vna eademq; vindicatione vendicantur. *l. Iulianus. §. si fructus acti empti.* Concludo itaq; ex prædictis pronunciandum, daß † der Cläger mit seiner Clage ante restitutionem nicht zuhören.

Ad restitutionem vero vini condemnatio fieri non potest, cum specialiter Spolium hic per modum exceptionis deductum sit. Exceptio vero actionis tum est exclusio: vnde † restitutionem non operatur, sed illa venit per viam actionis, quando super spolio principaliter actio intentatur. Et traditur ista differentia an spolium, scilicet, deducatur per viam actionis, an per viam exceptionis, *in c. cum dilectus & c. f. in. gl. ord. cog. Specul. §. 1. num. 4. in fi. cum seq. petit. & poss. Mar. p. 4. dist. 6. nu. 2.* Non † est ergo necesse & disputare hic circa æstimationem fructuum, cuius temporis æstimatio inspicienda cuius materia traditur. *l. hominẽ. Mand. & l. vinum. si cert pet.* Illud tamẽ obiter addo, quod circa restitutionem fructuum & eorum æstimationem talis distinctio recepta sit. Aut certum est, fructus extare, ac debent ipsi fructus peti & non æstimatio, quia æstimatio debetur in subsidium. *l. fin. C. fidei com. liber.* Aut certum est, non extare, & petitur æstimatio. Aut dubitatur, an fructus sint perempti: an extent. Hac ratione incertitudinis potest procedere libellus alternatiue, vt notat, *in c. constitutus, sum in int. restitutione l. 1. §. quia autem, quorum legat. Panor. d. c. grauis. n. 2. Rest. spol.* Expensas tamen compensis.

Concludo. Omnes contra referentem mecum consenserunt.

DEC. II. VOTVM IV.

D. Johann Dopff/

Contra

Hern Carl Sigmundt Administratorn deß Ertzstiffts Sonnenclar.

Mandati sine clausula pro relaxando captiuo.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Actio qua agitur extra cauſam fractæ pacis ad pœnam partim parti, partim fiſco applicandam, criminalis ne an ciuilis dicatur.*
2 *Doctores intelligendi ſunt ſecundum iura & allegata.*
3 *Cauſſæ mandatorum omnes cum & ſine clauſula, quæ ſunt regulariter pecuniariæ, partim fiſco, partim parti adiudicandæ, pro ciuilibus habentur.*
4 *Actore non præſtante iuramentum calumniæ, reus ſub pœna non iurantis cogi non poteſt.*
5 *Cautionis de nō offendendo petitio in iura fundata eſt.*
6 *Cautionem de nō offendendo petens debet reddere cauſſam inimicitiæ.*
7 *Iurisdictio Cameræ nimis non eſt coarctanda.*

IN NOMINE Domini. Amen.

SVBMISSVM principaliter ſuper articulatis replicis pro eliſione exceptionis ſub & obreptitiè productis medio iuramento ſub pœna non iurantis. Item pro cautione de nón offendendo lite pẽdente, & manutentione de euentuali declaratione ob non probatam paritionem, quin potius probatam contrauentionem. Procuratores per D. Dopſen Zorn & Wetzel, pro Epiſcopo D. Enkenot legitimati.

Vltimam ſubmiſſionem puto prætergrediendam, quia ſtãte præiudicio ſub & obreptionis ligatæ ſunt & manus iudicio, *c. tunm. ord. cog. Mar. p. 4. 20. & vlt. diſtinct.*

Secunda pendet ex prima, & ea reſoluta per ſe finita erit, aut ſuſpendenda eſt, donec punctus iuriſdictionis noſtræ ſaltem, ſi nō paritionis finitus eſt. Nam ſi ſtatim paritionem iniungeremus, aut euentuali ſentẽtiæ tanquã effectũ ſortitæ, aut etiã purificatæ inhærere poſſimus cautione, forſan opus non eſſet. Quantũ igitur ad primã ſubmiſſionem, conſtat, exceptionẽ maleficij, quæ ab initio in genere etiã obiecta eſt nō attenta. Quia ex productis conſiſtit, ꝙ Epiſcopus, non ob aliud maleficium D. Dopſen einziehen laſſen/ dann dz er ſeines Schwagers ſach ahm Kayſſ. Cammergericht nit einſtellen wöllen. Poſtea ꝓductæ exceptiones ſubreptionis, etſi in ſpecie id vlterius deducũt. D. er auch D. Dopf. von wegen / daß er der Fürſten Räthe ahn jhrer Ehr verletzt habe eingezogen/ tamen in replicis hæc ita eliſa, vt ſi probentur, Epiſcopus pœnam mandati cõmiſerit, etiamſi ſponte & vltro dimiſiſſet captiuum tempore, quo ipſe elapſus eſt.

Cum igitur hæ replicæ ſunt articulatæ, & medio iuramento dandorum exhibitę, hoc ſolum dubij reſtat, an ſub comminatione confeſſatorum, vel pœna non iurantis, quæ pinguior eſt, Reus reſpondere teneatur, receſſui Enkenot. 29. Ian. non obſtante. Dubitationẽ mihi mouit Gail. *lib. 1. de pace publ. c. 14.* vbi vult, quod quando alias extra cauſam fractæ pacis ex mandatu ad pœnam parti partim, partim † fiſco applicandam agitur, actio etiam dicatur criminalis vel ciuilis, & concludit criminalem. In criminalibus autem nunquam non habetur pro confeſſis in contumaciam. [1]

De comminatione igitur dubitari poteſt. Certum enim eſt, quod hic ad pœnam mandati, ſicque ad vindictam principaliter agit, quatenus in cauſſa criminis mandati verſamur. Vltra enim pro nunc ratione iniuriarum, quoad vnum vel alterum, me non intromitterem. Sed quia Dd. intelligendi ſunt † ſecundum iura & allegata. *Bartol l. non ſolum §. liberationis. liber. Leg.* & deinde loquuntur in caſu, vbi ſoli fiſco pœna adiudicari petitur. Alioquin enim ſi partim parti, partim iudici, aliquid mixtum, aliquid tantum ciuile, nemo autem criminalem, dicat, *vt apud Mar. p. 4. diſtin. 1. num. 72. & ſeq. Apoſtilla Bartol. l. 3. Sepul. viol. verb. pœna criminalis & verſ. ita not. gl & dd. §. in ſumma inſt. iniur. Bolog. l. 2. nu. 46. C. edendo.* & diſputatũ in cauſſa Windolt contra Saltzav, quatenus pœna ibi trãſiret ad hæredem. Et certum eſt, quod omnes † cauſſæ mandatorum cũ & ſine clauſula, quæ ſunt regulariter pecuniariæ, partim fiſco, partim parti adiudicandæ pro ciuilibus habeantur: alioqui enim ad cauſſam non pertineret. Et in ſpecie noſtra in cauſa mãdati der Heimburger vnd Gemeinen der groſſen Dörffer in Hattgaw cõtra Hanaw Liechtenbergſ. Et in ſpecie noſtra in cauſſa mãdati 29. Noueb. Anno. 78. Licet etiam vltra pœnam pecuniariam ceſſatio eſſet iniuncta ſub pœna banni, nihilominus tamen reſponſio iniuncta ſub comminatione cõceſſatorum. Ideò ego tanquã in cauſſa ciuili pronunciarem per Gail. lib. 1. obſ. 86. [2] [3]

Iſt D. Enkenot ſein den 29. Ianuarij beſchehen Begeren abgeſchlagen/ ſondern der beſcheidt/ dz er auff articulierte Replicas den 4. Martij, Anno. 78. einkommen / mittel Ayds reſpondendorum in Zeitt vier Wochen/ ſo jhme darzu angeſetzt/ wie ſich vermöge der Ordenung gebühret/ antworten ſoll / ſub comminatione confeſſatorum. Quia actore † non præſtante iuramẽtum calumniæ, Reus ſub pœna non iurantis cogi non poteſt. *c. 2. teſt. Henning. in proceſſu rubr. 16. p. 1. nu. 19.* ſed iuram. dandorum (quod pars tamen eſt iuramenti calumniæ:) præſtitum eſt, medio igitur iuramento reſpõdet Reus. *Henn. d. loco. c. vim* quod iuram. calũniæ tacitè procedendo remitti poſſit. *Gail obſ. 85. lib. 1. nu. 2.* Et cauſſæ prorogationis vlterioris, magis [4]

impediunt quam prosunt, quia ostenditur, daß Reus Clägern mit Gewalt habe der Iustitien Imperij zwingen wöllen / da er nit allein nit pariert, vnangesehen / daß die Euentual allbereit außgangen / sondern auch daß er suas contrauentiones Iustificiren, & per potentiam continuiren wöllen / sonsten dörfft er vnnd actores wöllen keine Landstage außschreiben / & prout in missiuis Vnruhe anzufangen.

5 Quantum ad petitionem † cautionis de nõ offendendo, licet in iure & facto fundata sit. 6 *Gail. lib. 1. pac. publ.* tamen pars petens † caussam debet reddere inimicitiæ, *vt cõmunem dicit Ripa in rubr. de indic. nu. 14. Clar. lib. 5. sent. §. f. q. 47. vers. sed pone*, tamen velim præterire, ob id, quod punctus competentiæ pendet. Si autem domini, (qui interim, quod punctus hic deciditur, iurisdictio Cam. nimis † nõ 7 est coarctanda, & actor periculis, de quibus quæritur, relinquendus) velint sub pœnis d. mandati vel priuationis mandare, ne offendat, prout factum in d. caussa der vier Dörffer / vbi vnã decretum est mandatũ de non offendẽdo sub pœna banni, *vt per not. Gail. d. lib. c. 2. n. 10.*

Et in simili caussa ego olim decreui propter Cam. Iurisdictionem tuendam in caussa Pandion contra Official. Tullens. vel etiam inhibere possemus, aut Clägern weisen / vt peteret inhibitionem, ne lite pend. &c. prout factum in caussa Zallein contra Fürstenberg / Et nuper in caussa Manderscheiet Referente Pintio de non offendendo & ad hoc satis fundata est Iurisdictio Cameræ. *l. 21. & 35. p. 2.* Putarem etiam, quia cum replicis Handlung einkommen oder beclagten / daß darauff zu clagen auffer legt sub enomin. conclusionis, quia omnia tendunt ad vrgendum pœnæ commissionem, siue offendendo mandato contrauentum esse, & elidend. except. sub eos obreptionis. Saluo &c.

D. Gottfrid. Quoad repl. sentit cum D. R. cum illo sint releuantes. Quoad cautionem, eam non decernã, sed malo ipsum weisen auff freundtliche Anruffung.

D. Guttmann. Quoad mandatum will jhn auch lieber weisen in reliquis cum dominis.

DECAS II. VOTVM V.

In Caussa Burg. vnndt Rath der Stadt Reichenfelß / *Contra* Otto alß Hertzogs zu Machtigemlandt &c. pro interesse, Auch Schultheiß vnndt Gericht zu Sternheim / Reos & Appellantes.

De renunciatione priuilegij fori, & Auocatione.

SVMMARIA.

1. *Priuilegio fori sibi à lege vel principe concessa quilibet renuntiare potest.*
2. *Contra pacta sua venire & contrahentes decipere nemini licet.*
3. *Iurisdictionem alterius iudicis potest quis prorogare contrahendo.*
4. *Remissio non habet locum in contractibus, sed tantum in criminalibus.*
5. *Contrahens si non inueniatur in loco cõtractus, non potest petere, vt remissio fiat ad locum contractus.*
Forum quis sortitur ratione contractus, si ibi inueniatur.
6. *Renuntiatio priuilegij fori quid operetur.*
7. *Renuntiatum specialiter priuilegio fori quando dicatur.*
8. *Iurisdictio iudicis non sui vt prorogetur, sufficit communis partium consensus, nec requiritur consensus vel licentij iudicis ordinarij, & nu. 10.*
9. *Habens exceptionem à iurisdictione ordinaria, potest non obstante priuilegio exemptionis prorogare iurisdictionem iudicis ordinarij.*
Scholaris, non obstante priuilegio exemptionis potest consentire in potestatem loci, tanquam ordinarium iudicem.
11. *Auocatio caussæ per superiorẽ facta ligat manus iudicis inferioris, adeo vt processus postea factus sit ipso iure nullus.*
12. *Auocatio caussæ per superiorem facta, siue iniusta sit, siue iusta, suspendit iurisdictionem inferioris.*
13. *Prorogatio iurisdictionis iudicis non sui quibus casibus fieri possit per renunciationem priuilegio fori, quibus non.*
14. *Dominus eximendo subditos ab alijs, immediate illos suæ iurisdictioni subijcit.*
15. *Clericus non potest, etiamsi velit, prorogare iurisdictionem laico, tacite vel expresse.*
16. *Priuilegio fori pacto priuatorum derogari nõ potest.*
17. *Vasallus in caussa feudali non potest prorogare iurisdictione alterius iudicis in præiudiciũ domi-*

domini directi, ad quem eius cognitio pertinet.

18 *Subditus non potest sine consensu sui superioris renuntiare priuilegio fori, quando procedat, & & quando non ibid.*

19 *Clausula annullatoria cassantis effectus.*

20 *Forma non seruata, non valet quod agitur.*

21 *Priuilegium fori superueniens pendente iudicio, non eximit quem iurisdictione.*

IN NOMINE Domini. Amen.

OTTO Dux Magnus, Reos in iudicio Rottvveilensi, si citatos vigore priuilegiorum domus Terrepotentis pro suo interesse auocat. Cuius auocationis tenor talis est.

Otto &c. Iudicibus Rottvveilensibus Salutem, quia rei vns Verwandt vnnd vnsere Vnterthanen. Ideò petimus vigore priuilegiorum domus Terræpotentis, deren Ihr glaubwürdig vidimus hinder euch habt / ꝛc. Datum Straupitz 20. Aprilis, Anno. 53.

Excipiunt contra auocationem actores, renunciatum esse priuilegio fori, der Fürsten Herrn stadt. Hac exceptione renunciationis attenta, pronunciant Iudices primæ Instantiæ, caussam non remittendam, à qua sententia ad Cam. à tempore scientiæ intra decendium appellatur. Et grauaminis loco allegatur, quod talis renunciatio tertijs, quorum fauorem maximè concernit præiudicare non possit. Item quod sit generalis renunciatio, ideoq; nullius momenti. De singulis videndum est. Et primò de exceptionibus actorum. Certum est, quod 1 quilibet possit † renunciare priuilegio fori sibi à lege vel principe concesso. *l. si quis in conscrib. C. pact.* Nemini enim licet contra pacta 2 † sua venire & cõtrahẽtes decipere, *vt ait. ibid. text.* Vnde 3 † contrahẽdo potest prorogare iurisdictionẽ alterius iudicis. *l. 2. si quis in ius voc. &c.* Et remissio nõ 4 † habet locũ in cõtractibus, sed tãtum in criminalibus *c. Romana. §. contrahentes & ibi gl. verb. inuitos foro. comp. 6.* Sortiẽ enim quis forum ratione contractus, si ibi inveniatur *l. heres absens & ibi Dd. de iudic.* Sed 5 † si non inueniatur in loco contractus, non potest petere, vt remissio fiat ad locum contract'. *d. §. contrahentes iu. gl. Bart. d. l. si quis tutelã. n. 1. Iud. Bald. conf. 167. nu. 2. vol. 5.* Hoc tamen singulariter fallit, quando renunciatum est priuilegio fori, quia ea renunciatio 6 † operatur, vt remissio locum habeat. *d. l. 1. si quis in ius voc.* Dicitur autem specialis 7 † renunciatio priuilegio fori facta, quãdo quis priuilegio fori renũciat, licet non exprimatur illud priuilegiũ specialiter *Bart. d. l. nu. 4.* Atqui in præsenti satis specialiter omni priuilegio fori renunciatum est, vt ex formula renunciationis colligere est, ad quã me refero. Accedat, q; per prorogationẽ 8 † iudicis non sui nõ requiratur cõsensus vel licentia iudicis ordinarij, sed sufficiat communis partium cõsensus. *l. 1. & 2. Iudic. l. 2. & post operu. vbi Ias. nu. 11.* vbi hoc limitat in Clerico & Vasallo, *de nou. op nunc gl c. Romana. Verbo Clericorũ foro comp. lib. 6.* Et sic superior eũ impedire non posset. *d. §. & post operis*, licet secus sit in Clericis. *d. c. Romana.* Hinc est, q; habẽs exceptionem 9 † a iurisdictione ordinaria, possit non obstante priuilegio exemptionis, prorogare Iurisdictionẽ iudicis ordinarij. *Salic. auth. habita. C. ne fil. pro patre. n. 22.* vbi hoc confirmat in scholari, qui non obstante priuilegio exemptionis possit cõsentire in potestatẽ loci, tanquam ordinarium iudicẽ. Et quod nõ 10 † requiratur consensus proprij iudicis. vid. *Soc. c. significasti. nu. 44. cum seq foro comp.*

Cõcludo itaq; d. except. renunciationis fori releuantem esse, nisi replicatione reorum sit elisa, de quo breuiter dicendum.

Replicant Rei & hic in Cam. loco grauaminum ponunt, quod talis renunciatio in præiudicium tertij fieri non potest, pro cuius resolutione quædam præmitto.

I. Quod auocatio causæ per superiorem facta liget 11 † manus iudicis inferioris, adeò vt processus postea factus sit ipso iure nullus, *c. vt nostrum, & ibid. Dd. de appell. l. iudicium soluitur. de iud.* Nam per eam suspenditur 12 † iurisdictio inferioris, siue iniusta sit, siue iusta. *Panor. d. c. vt nostrum. nu. 3. & ib. Franc. nu. 4.* Et non solum fieri potest ante cœptum iudicium, verum etiam post litis pendentiam caussa indecisa. *c. licet. off. deleg. c. Ecclesia, vt lite pendent. Francus d. c. vt nostrum. nu. 3. Guido. decis. 440. per tot.*

II. Præmitto distinctionem Bald. *d. l. si quis in conscrib. C. pact. nu. 2.* Circa renunciationem 13 † fori aut lex disponit de foro fauore superioris, veluti quod dominus feudi cognoscat inter vasallos. Hoc casu partes nõ possunt priuilegio fori renunciare, quia in periudicium superioris, in cuius fauorem hoc est introductũ, principaliter renũciatio nulla est. Aut lex disponit de foro mera consideratione priuatorũ, & tali casu regulariter fit prorogatio p renunciationẽ. *Bald d. l. si quis in conscribendo. & ibid. dd. Canon. c. significasti, vbi Soc. foro comp.*

Iam ad propositum, constat ex actis, & in confesso est Ottonem, pro suo interesse caussam & partes auocare etiam lite pendente potuisse, & legitimè auocasse. *d. c. vt nostrum, appell.* eamque auocationem iudicibus insinuatã, & per consequens iurisdictionem in suspenso fuisse.

Constat ex actis, hoc priuilegium fori siue exemptionis principale, cõcessum esse Magno

Duci Terræpotentis, vti ex tenore priuilegij manifestum est. Cum igitur hoc priuilegium exemptionis tangat non solum fauorē exēpti, sed etiam fauorē ipsius superioris scilicet Magni Ducis Terræpotētis eximentis, nō potuit subditus in præiudicium sui superioris iurisdictionē alterius iudicis renūciando prorogare, quia interest ipsius, ne suus subditus iudicetur

14 ab alio. Nā eximendo † ab alijs immediatè illū suæ iurisdictioni subij it, vnde interest sui nō pdere immediatā iurisdictionē. *Panor. c. cū tempore nu. 2. arbitr. Soc. c. signif. n. 44. cū seqq.* Hinc

15 est, quod † Clericus non possit, etiamsi vellet, prorogare iurisdictionē, Laico tacitè vel exp̄sse. *c. Romana. foro comp. c. si diligenti. §. fi & ibi gl. verbo manifest. Eod. t.* Nam hoc priuilegium fori non est personale, sed toti ordini indultum.

16 Cui pacto † priuatorū derogari nō potest. *c. si diligenti. § fin. for. comp. Soc. d. c. signif.* Eadem ra-

17 tione vasallus † non potest in causa feudali prorogare iurisdictionem iudicis in præiudicium domini directi, ad quem eius cognitio pertinet. *c. Imperialem §. præterea. §. inter duo probib. feud. alien Bart. l. 1. nu. 2. iudic.* Et si conuentus non opponat declinatoriam fori, dominus posset petere remissionem, *vbi ibid. Afflict. & Soc. limitatur. l. vbi cœptum iudic.*

Cōcludo ex prædictis replicationem actoris & appellantiū esse releuantem, quod videlicet

18 subditus † nō possit sine consensu sui superioris renunciare priuilegio fori, quando tale priuilegium non tantum exempti, sed etiam eximentis fauorem concernit, secus si de solius renunciantis fauore ageretur, quo casu obtinet. d. l. *si quis in conscribendo.*

Accedat, quod tale priuilegium principibus domus Terræpotentis ab Impp. ex plenitudi-

19 ne potestatis, cum clausula annullatoria † cessante, concessum sit, quæ clausula eum habet effectum, vt quicquid in contrarium attentatum est, ipso iure nullum sit. *l. non dubium. vbi gl. verbo insertis. LL. c. inter cætera, vbi gl. verb. initum pratend. l. Iubemus. § sanè C. SS. Eccles. Ba. d. d. l. si quis in conscribendo. num. 5. C. de pactis.*

Ratio est, quia huiusmodi clausula pro forma apponitur, vnde forma † non seruata, non

20 valet, quod agitur, *Ias. d. l. si quis nu. 7.* vbi dicit, quando in aliquo actu apponitur à superiore clausula annullatiua actus, qua dicitur, si secus attentatum fuerit, sit vanum & inutile, huic consensui partium non posse renunciari. *Fac. gl. c. statutum verbo committantur. Rescript. in 6.* Iuri enim quod prohibet, renunciari non potest. *l. 1. C ne fideiuss. vel mand. dot. dentur. Bald. d. l. si quis. nu. 5.*

Non obstat, quod olim habuerunt Rottvveilenses concurrentē iurisdict. ita vt præuentioni locus esse debeat. *l. si quis postea. iud c. cū plures off. deleg. lib 6.* quia interueniente nouo priuilegio expirauit iurisdictio Rottvveilensis, quod quidem priuilegium multò ante litis pēdentiam concessum fuit, secus esset si pendente iudicio. Nam † priuilegium fori superueni-

21 ens pendente iudicio non eximit quem iurisdictione *d. l. si quis postea, & ibi Bar. & Dd. text. c. fi. vt lit. pend.* nisi litis pendentiæ expresse sit facta mentio.

Ex quibus omnibus breuiter cōcludo, cum D. Ref. prima instantia malè iudicatum, benè appellatum. Et caussam ad iudicem priorem remittendam cum refusione expensarum. Extant præiudicia in voto Ref. Saluo, &c.

Sententia.

IN Sachen Ottonis / als Ertzhertzogen zu Machtiglandt pro interesse / vnd Schultheiß / Gericht / vnd Geschworne zu Sternheim Appellanten / eins / wieder Burg. vnnd Rath der Statt Reichenfels / Appellaten anderstheils / ist allem fürbringē nach zu Recht erkandt / das in voriger Instantz vbel geurtheilet / vnnd wohl daruon Appelliert / vnnd wölle die Partheyen ein ander spruch vnd forderung nicht erlassen / daß sie solches an gebürhrenden Ortten thun sollen. Cum refusione Expensarum.

DEC. II. VOTVM VI.

In Caussa Herr Conradts Aptt zu Schold im Hartz / Appellanten /

Contra

Herrn Johann Friederich vnnd Cuno Quirin Grauen zu Zopffen / Appellaten.

Materia priuilegiorum quatenus per non vsum tollatur, & quatenus princeps alicui ius quæsitum auferre posit.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Interlocutoria interdum habet vim diffinitiuę.*

2 *Priuilegium, praeiudicium tertij tãgens, quãtumuis sit concessum caussa pietatis, nihilominus stricte est intelligendum.*

3 *Clausulę irritantis vis.*

4 *Priuilegium posterius vt tollat primum vi clausulę derogatoriae, non sufficit implicita & & generalis derogatio primi priuilegij, sed in specie etiam mentio necessario requiritur.*

5 *Priuilegium habens actum reiterabilem loco seculari datum, praescribitur spatio 10 annorum, sacro vel Ecclesię datum spatio 40.*

6 *Ciuitas & Ecclesia paribus passibus ambulant.*

7 *Priuilegium pro libitu suo, & quando velit, illo vti possit, vel non, concessum, quando procedat, vt nullo vnquam tempore praescriptio currat. & nu. 8.*

9 *Restitutio in integrum intra debitum tempus est petenda.*

10 *Priuilegium amittitur per sententiam contra illud latam.*

11 *Ecclesia & ecclesiasticae personae priuilegio suo renuntiare non possunt. Fallit ibid.*

12 *Praescriptio immemorialis quomodo sit probanda.*

13 *Priuilegium concessum Ecclesię spatio 40. annorum praescribitur.*

14 *Princeps non potest priuilegium, nec infeudationes, nec officiorum dignitates, nec iurisdictionum collationes ob merita collatas cum iusta caussa retractare.*

15 *Imperator acquisito alteri ex priuilegio generali non censetur derogare voluisse, per aliud cõtrarium priuilegium certo loco concessum, etsi hoc secundum magis sit speciale, nisi in indiuiduo, & cum expositione caussę deroget.*

16 *Priuilegium cõditionatum per non vsum nec valet, nec ligare potest.*

17 *Priuilegium concessum à principe non intelligitur derogare cõsuetudini loci, nisi in eo fiat expressa mentio de consuetudine.*

18 *Priuilegia impetrata lite pendente in praeiudicium tertij non valent.*

19 *Imperator non potest in praeiudicium tertij iuris per inuestituras acquisiti & per duos actus ciuiles confirmati, aliquid noui iusta caussa statuere inaudita altera parte. & supra dec. 2. vot. 5. nu. vlt.*

20 *Forum quis sortitur ibi, vbi bona eius sita sunt.*

21 *Territorio Comitatus concesso, etiam iurisdictio concessa intelligitur.*

22 *Verba in instrumento venditionis posita,* mit Vogteien / gebieten / verbieten / Gerichten / Hauptrechten / *quam iurisdictionem comprehendant.*

23 *Priuilegia ad futura non extenduntur, nisi id nominatim fiat.*

24 *Viua voce appellari potest, quando magistratus ipse sese pro interesse suo intromittit.*

25 *Priuilegio antiquiori cum clausula derogatoria omnium priuilegiorum non potest derogari, nisi prioris specialis fiat mentio si in praeiudicium vergat. ampliatur. nu. 28.*

26 *Priuilegium secundum speciale derogat primo generali, etiamsi clausum in corpore iuris.*

27 *Regula, Generi per speciem derogatur, etiam in priuilegijs locum obtinet.*

28 *Priuilegium speciale derogat generali, etsi primi mentio facta non sit, siue illud contineat ius, siue quid vltra.*

29 *Clausula ex certa scientia priuilegijs posterioribus addita, simpliciter vim derogatoria habet.*

30 *Clausula de plenitudine potestatis habet vim derogatorię.*

31 *Qui declarat, nil noui dat, sed datum confirmat.*

32 *in Priuilegijs mens potissimum attendenda.*

33 *Princeps legem sibi imponere nõ potest, à quo non liceat recedere, si velit.*

34 *Priuilegium reuocari potest ab Imperat. etiã si sit remuneratorium, si per illud conceditur iurisdictio.*

35 *Iurisdictio ab Imperat. fluit & refluit, sicut aqua ex fonte.*

36 *Priuilegium concessum subdito regulariter potest auocari.*

37 *Protestans contra priuilegium, cui non intendit renunciare, protestatione illa iuuatur.*

38 *Actus voluntarij per protestationem possunt limitari.*

39 *Actum priuilegio contrarium faciens, non praeiudicat sibi, si protestetur de eo.*
Quod valet in ijs, quę habent tractum successiuum, etiam sine protestatione. nu. 40.

40 *Dispositio cõfirmata absq; superioris auctoritate tolli nequit.*

41 *Priuilegium, cui inest clausula decreti, vel alia prohibitiua, neq; per conuentionem, neq; per praescriptionem amittitur.*

42 *Priuilegium per non moram non perditur.*

43 *Priuilegio renuntiare non possunt personę singulares in praeiudium corporis, nisi pracedat tractatus omnium.*

44 *Res iudicata priuilegio non praeiudicat.*

45 *Verba* Gerichts zwang vnd bandt *simpliciter prolata non omnem iurisdictionem importãt.*

46 *Verba* mit den Gerichten *interpretantur de omnimoda iurisdictione.*

47 *contra Ecclesiam per 30 aut ad summum 40 annos praescribitur.*

48 *Pralatus per negligentiam praeiudicans Ecclesię, tenetur ipse satisfacere Ecclesię.*

49 *Exemptus siue priuilegiatus ratione certa rei vel loci, non dicitur exemptus ratione alterius rei seu loci.*

 50. Pri-

IN NOMINE Domini. Amen.

Votum D. Cairi.

FORMALIA iusta vnà cum procuratorijs, causa nullo modo deserta. Non enim simplex interlocutoria sententia fuit, sed habuit vim diffinitiuæ, qā † pronunciatum est, in effectu allegatum priuilegium non nocere Comitibus, vel non habere locum, *per not Bart. in auth. habita. nu. 8. & ibi Bald nu. 70. & 71 & additio ad Iac. Butrigar. c. ne fil pro patre & per regulas iuris communis.* Quia sentētia hęc caussam principalē finit, ideoq́ue rectè appellatum in continenti viua voce. Nullitates nullæ, nullitatesq́ue ab Abbate allegatæ, nihil ipsi prosunt, quia non sunt contra ius constitutionis, sed tantum contra ius partis, & debuisset saltem intra 30. annos nullitate appellasse, quod non factum. Actū ex l. speciali siue priuilegio, Ac principalis quæstio est de competentia, An Abbas ex priuilegio Sigismundi ius auocādi subditos suos in districtu Marini comitat⁹, & maximè in pagis Flosstatt in dominio Falckeneck / & Dittelbach situatos in dominio Rosenbach habitantes,

tes, & ciuiliter ab alijs conuentos habeat?

An probata per Abbatem.

ABbas intentionem suam, & suum interesse probat, ex priuilegio Sigismundi de Anno. 1433. 2. Ex priuilegio Wenceslai de Anno 1583. 3. Ex priuilegio Ottonis de Anno 963. 4. Ex transactionibus die Bewerischen vnd Hazenawischen. 5. Ex instrumētis venditionū dominiorum zu Rosenbach vnd Falckeneck. Vltimo ex iure communi, quod quilibet in prima instantia coram suo ordinario conueniri debeat.

An Elisa.

COmites Zopfenses elidunt actionem primò per duo contraria priuilegia, quorum vnum est generale, de Anno. 1415. Alterū de Anno 1420. quod speciale est, & clausulam derogatoriā habet. 2. Per possessionē immemorialem iuris citandi, & conueniendi in ciuilibus subditos Sebaldi. 3. Ex iure cōmuni, quo præsumit subditos in aliquo territorio habitātes subiectos esse eiusdem iurisdictioni. 4. Ex confessione Abbatis de concurrentia iurisdictionis, quā Comites Zopfen habeant in pagis monasterij cum Abbate. 5. Per exceptionem iudicati.

Puto Elisiones Comitum vincere iura & intentionem Abbatis persequētia. Primo enim priuilegium Abbatis de Anno 1433. generale, licet pro loco seu Ecclesia sit datum à Sigism. & sic magis fauorabile videatur, tamen hoc nō nocet appellatis Comitibus, tum quia Comitū priuelegium antiquius est, tum quia priuilegium † præiudicium tertij tangens, quantūuis sit concessum caussa pietatis, nihilominus est strictè intelligendum. *Panor. c. cū dicat. nu. 3. Eccles. ædif.* tum deniq; priuilegium Abbatis vsu receptum non fuit, de quo infra.

Non obstat, quod Abbatis priuilegium habeat clausulam irritantem. Et † q̄ propter talem clausulam secundo priuilegio insertā tollatur. Primū illa clausula corruit. *c. 1. rescript. c. veniens præscript. nu 6. & ibi DD* Quia Comites habēt aliud priuilegium antiquius cum simili clausula derogatoria & fortiori, ideoq; vt secundum posterius tollat hoc † primum, non sufficit implicita & generalis derogatio primi priuilegij, sed in specie etiam mentio necessario requiritur, quæ tamen in Abbatis priuilegijs nullibi apparet, sicque Comitibus nullo modo obest. *per not. c. Fel. c. nonnulli. nu. 4. rescript. Bened. de vadu in rept. ad Fel. verb. priuilegium secundum, vbi plures allegat & communem dicit. Castr. consf. 316. Bened. de vadis. d. loc. verb. priuilegia si habens.* Idq; tantò magis dicendum est in hac specie ob adiectā clausulam fortiorem in d. priuilegio de Anno 1420. prout ibid. est videre.

Secundò nō obstat allegatio Abbatis, quod priuilegium suum actum successiuum & reiterabilem contineat. Nam respondeo. Sicut eiusmodi priuilegium, † habens actum reiterabilem, loco seculari datum, præscribitur spatio 10. annorum. *per l. 1. ibi Bart. remed.* Maximè vero spacio longissimi temporis. *Cyn. l. falso. prope f. C. diversf. resc.* Eodem modo loco sacro vel Ecclesiæ datum per præscriptionē 40. annorum per non vsum tolli, si data occasione ea non vtatur, *per auth. quas actiones C. SS. Eccl.* Quia par ratio est in vtraq; & alioqui ciuitas, † Respub. & Ecclesiæ paribus passibus ambulare solent, *per vulg. Iur.*

Tertiò non obstat, quod Abb. inducit priuilegium suum in faciendo cōsistens, cum tali facultate datum esse, vel saltem † hoc in se cōtinere, vt pro libitu suo, & quando velit, illo vti possit vel non, & sic vt nullo vnquam tempore præscriptio currat. *per not. in c. vt priuilegia, vbi gl. pen priuil.* Nam respondeo hoc procedere, si facultas faciendi sit formaliter posita in expressa & libera voluntate eius, cui fuit facta concessio, vtputa si princeps concederet potestatem † molendinum construendi in illo flumine his verbis, ad beneplacitum impetrātis vel similibus. *gl. d. c. vt priuilegia. Bald. de præscript. 4. p. 5. p. pr. q. 4. nu 4.* Secus enim est si priuilegium in simplicibus terminis faciendi stet, vt in priuilegio controuerso. Nam tunc ex non vsu decenni perit generaliter, vel 40. Annis, si concessum fuerit Ecclesiæ. Addi potest, quod superior doctrina non videatur per se sola sufficere, cum illam ex Panorm. *d. c. vt priuilegia*, reprobat. Ias. *l. beneficium. num. 57 Const. Princip.*

Non obstat alterū principale fundamētum Abbatis, sc. priuilegium Wenceslai, cum id ad subditos domus Austriacæ se refert, & est res inter alios acta, nec huius sed vigore priuilegij Sigismundi auocatio facta, prout Comites in duplicis aiunt.

Non obstat 3. fundamentum scil. priuilegium Ottonis, quia ad subditos monasterij non pertinent. Nec ad aliquod exercitium iurisdictionis secularis referri potest, & potius est quædam fundatio Canonica, quam quid aliud.

Quartò nō obstant allegatæ transactiones, cum res sint planè impertinentes ad propositum, & inter alias personas, & de diuersis factis, & refero me ad Comitis exceptiones, & duplices. nu. 28. & 33.

Non obstant præterea duo instrumenta appellationis litera H. & I. quibus conatur probare scil. à denegata remissione Anno 1498. & 1534. ad Camerā appellasse cū reseruatione agendi super nullitate, quia imputet sibi, quod debito tempore ius competens non est prosecutus, & in maxima culpa constituitur Abbas,

Abbas, quod cum posset qua non factam persecutionem appellationis nomine Ecclesiæ suæ restitutionem † in integrũ à iudice appellationis petere hoc intra debitum tempus facere prætermiserit. *Cynus l. præses. C. de appel.* Concludo, non obstantibus fundamentis Abbat. iura comitum per sequentia esse potiora.

I. Est res iudicata 1498. Iuris igitur est expressi, priuilegium † perdi per sententiam cõtra illud latam, à qua non fuit appellatũ, vel si debito tempore non fuerit prosecuta appellatio. *gl. & Panor. c. suggestum, n. 6. Dec. per c. cum inter te iud. Cranet. cons. 103. nu. 1. per tot. Ferrar. in forma petendi contra instrumenta ad verbum penitus. vers. 7. quæritur*, vbi inter alios modos petendi priuilegium ponunt. Si verbo vel facto tacitè vel expressè ei renuncietur.

Non obstat allegatio Abb. quod Ecclesia seu Ecclesiasticæ personę † priuilegio suo renunciare nõ possunt, quia hoc fallit in præsenti, ꝑpter rei iudicatę authoritatē, sicut & tunc, cum annis 40. præscriptum est priuilegium, vel ei contrauentum. *Ias. d. l. beneficium. nu. 58. Schurff. cons. 59. nu. 34. Cent. 1.*

II. Præscriptio † immemorialis, quæ est ꝓbata per testes deponẽtes, quod ita semper viderint, & audiuerint à maioribus. nunquã etiã aliter fuit obseruatum excepta lite præsente, extra quã de contrario vsu non extet memoria. Ita enim hæc præscriptio necessario probanda venit, *Mynſ. cent. 1. obs. 30.* Omnes etiam addunt causam scientiæ, se ita vidisse, audiuisse ab alijs, & expertos esse, & plerīq; etiam sunt subditi Abbatis.

III. Præscriptio longissima 40. annorum, de qua ferè omnes testes deponunt. Vnde succedit regula & communionis opinio, quod † priuilegium concessum Ecclesiæ spacio 40. annorum præscribatur, *Abb. c. per illarum. nu. 4. præbendis & c. accedentibus, num. 1. & 4. & ibi Innoc. priuileg. Bald. de præscript. p. 4. Sp. pr.* idq; per regulam generalem auth. *quas actiones C. SS. Eccles. c. de 4. præscript.*

His accedunt actus in specie ad hanc caussam facientes, auß dem Vrtheilbuch / *nu. 79.* vbi anno 1528. & seq. ipsemet officiales Falckeneckenses corã iudicio Fanstẽsi ratione debiti & cõputi conuenerunt † dem Meyer daselbst / & processum vsque ad immissionem in bona continuarunt. Item anno 30. ex caussa venditionis, zwischen dem Vogt vnnd dem Meyer zu Falckeneck. Item in libro de iudiciali. *nu. 80.* vbi recensetur, dominos actores diuersos ex caussa ciuili cõtra duos alios Dittelbachẽses in dicto iudicio egisse, litem prosecutos esse, latis sententijs, vim definitiuæ habentibus. Item alia sententia ibi habẽt absolutoria lata inter Veit Rucker & Cõrad Kenlin ambo Dittelbachẽses, & his iungi possunt alij 6. actus auß dem Vrtheilbuch. *nu. 82.* vbi quidam de Flostatt cõdemnatur ad soluendũ equum Anno. 1545. & cõsequenter Anno. 47. Iterum duæ sententiæ latæ sunt in duos Iudęos, & quosd. Flostatẽses, Reos caussa immissionis. Itẽ Anno. 48. inter N. de Rospach. & N. Flostatensem Reum, & Anno 49. rursus duo Dittelbachenses condemnati, vnus ad soluendum debitum bey sonnen schein / alter ad soluendum 11. flor. 9. Batz. Item habentur aliquod actus im Vrtheilbuch. *nu. 86.*

Ex quibus omnibus de pendito priuilegio Abbat. constat.

IV. Fundamentum principale positum est in omnibus priuilegijs antiquioribus, quorum vnum est de anno 1415. alterum de anno 1420. quod clausulam habet benè meritorũ, ex qua etiam sequitur, quod princeps illud priuilegium † sicut nec infeudationes, nec officiorum dignitates, nec iurisdictionum collationes ob merita collatas, etiam cum iusta causa retractare nequit. *Zas. in rescript. sent. verbo princeps. nu. 263.*

Non obstat adiecta clausula in priore, es würde dann mit Freyheiten oder gezog Brieffen versprochen / als Landtgericht Recht vnnd Gewonheit ist. Cum hęc clausula pertineat ad iam data priuilegia, & ad præteritum respiciat, non ad futurum. Imò Imperator noster acquisito † alteri ex priuilegio generali non censetur derogare voluisse, per aliud cõtrarium priuilegium certo loco concessum, etsi hoc secũdum sit magis speciale, nisi in indiuiduo, & cum expressione caussæ deroget. *Bened. de Vadis. d. loco vbi alleg. Barbat. c. veniens præscript.* Quin etiam non obstat, dicta clausula, tum propter aliud priuilegium Comitum de anno 1420. purum, neque conditionatum: tum quia quo ad dictos subditos Abbatis, illa clausula conditionalis per sententiam de Anno 1498. penitus est abrogata: Abbatis priuilegium vsu receptum non fuisse. Addo & propterea, nec † valere, nec ligare posse. *Gozad. cons. 23. num. 9. Caphol. cons. 96. num. 15. tomo 1.* Item quod per supra dicta omnia in vim consuetudinis Comites intelligantur ius controuersum habere, vnde succedit regula: Quod priuilegium † concessum à principe non intelligatur derogare consuetudini loci, nisi in eo fiat expressa mentio de consuetudine *Panor. d. c. per illorum. num. 7.* Et ratio esse potest. Quia sicut priuilegium & præscriptio concurrere, & simul stare possunt, ita etiam & consuetudo & priuilegium.

Non obstant confirmationes Impp. recentiorum, vbi in specie dem Landtgericht Marin derogatum videtur. Quia † lite pendente impetratra sunt, nec Imperator potest in † præiudi-

tertij per inuestituras acquisiti, quos ciuiles confirmati, scilicet, item præscriptionem & sententi- noui iusta causa statuere, inaudi- ... parte, etiamsi ex plenitudine pie- tatis hoc facere vellet. *Crauet cons. 103. num 3. Menoch. de arbr. iudic. lib. 1. q. 48. nu. 6. & 7.* Et maximè facit quod illæ confirmationes habe- ant expressam clausulā sine præiudicio tertij.

Non obstat, q in sententia de Anno 1498. clausula adiecta est mit Vorbehaltung / ob ei- niger theil den andern dieser Sachen halben Rechts nit vertragen / daß mügen sie thun vnd sehen an Enden / da den solche Freyheiten her- rüren vnnd kommen. Quia puto per longissi- mum tempus & maximam negligentiam Ab- batis, & proprium contrarium factum ei præ- scriptum esse, eamq; illum non iuuare. Quia vt regulariter nemo renūciare potest præscri- ptioni, ita nec iudices priores Comiti per il- lam clausulam ius præscribendi tollere potue- runt.

Vltimum fundamentum, quod d. pagi Flo- statt & Dittelbach positi sunt in districtu Ma- rino, prout liquide per testes probatum, ideo- 20 que debere subditos ex iure communi † forti- ri iurisdictionem eiusdem territorij, quo sunt eorum bona sita, *per l. pupillus. §. territorium. ... sign. Gramm cons. ciuil. nu. 2. Alu. d. §. territo- rium* Et hoc faciunt inuestituræ feudi à diuer- sis Imp. concessæ ratione der Landtgraffschafft vnnd deß Landtgerichts / quarum prima est An- no 1401. Vnde colligi potest, quod concesso territorio Comitatus vniuersaliter, etiam iu- risdictio concessa intelligatur, prout est cōmu- nis conclusio relata, *per text. l. ius dicentis. n. 43. Et comm. inter per dd. l. 1. de verb. obl. Curt. Iun. nu. 103. & seqq. iurisd. om. iud.*

Non obstat allegatio Abbatis, quod Rosen- bach separatū quid fuerit, qui hoc nō probuit, nec docet exemptionem per instrumentū vē- ditionis litera A. Quoniam ipsi tantū proprie- tas terrarum fuit vendita, frey vnbekümmert vnnd vnpfandtbar / nulla iurisdictio specialis caussarum ciuilium, de qua hic est quæstio, i- 21 deoq; dicti instrumēti † verba hæc, mit Vog- teyen / gebietten vnnd verbietten / Gerichten / Hauptrechten / referri debent ad aliam quam- cunque iurisdictionem extraordinariam, qua- lis est, die Niedergerichtliche Obrigkeit biß auff zehen pfundt Heller in suis casibus zustraffen / quæ & monasterio non denegatur per Comi- tem; ad ordinariam autem iurisdictionem in caussis ciuilibus nullo modo pertinet.

Non obstat der verzeichnuß Brieffe litera F. de Anno 1365. Quia generalis est renuncia- tio, non concernens ius controuersum iuris- dictionis.

Nō obstat iterum, quod quo ad Rosenbach Comites nō satisfecerint interlocutoriæ An- no 62. 21. Augusti latæ, quæ iniunxit pro- bationē Comitibus, illud dominium ad mo- nasterium peruenisse demum post interpreta- tionem priuilegij. Quoniam in eo nulla iuris- dictio ponenda, & satis impertinens est illa in- iunctio probationis.

Non obstat instrumentum venditionis li- tera N. de Anno 1380. concernens Falckeneck, cum pago Flostatt & pertinentijs, tum quia verba instrumenti referunt se tantum auff die Niedergerichtliche Obrigkeit / non quo ad alia iurisdictionalia; tum quia non liquet, vel em- ptorem, vel ipsius autorem in possessione al- terius iurisdictionis fuisse; tum denique, quia inde patet, quod dictum Dominium Falcke- neck diu post impetratum priuilegiū ad mo- nasterium peruenit.

Priuilegia † autem ad futura non extendū- 23 tur, nisi id nominatim & expresse fiat. *Cyn. l. omnia. C. Ep. & Cler. Pan. c. cum capella. nu. 5. de priuileg.* vbi ad hoc multas illationes tradit. Adijcit Comes denique aliud fundamentum, quod Abbas sit confessus concurrentiam iu- risdictionis in missiua, die Regierung im O- bern Landtberg / verum quia parum ad rem, & Abbas simpliciter negat, subsisto.

Concludo, cum ex his omnibus constet, in- terlocutoriæ supra dictæ abunde satisfactum esse, & priores etiam RR. vnanimiter statue- runt, quatenus nihil obsint antedictæ trans- actiones, Comitum ius fore potius, etiam pro Comitibus esse pronunciandum bene iudica- tum, male appellatum, producto illo vltimo Abbatis reiecto 106. signato cum expensis, quoniam culpabilis est Abbas. Tametsi au- tem ex iuribus Comitum adductis, super tota controuersia, maxime propter priuilegia an- tiquiora, immemorialem præscriptionem, & propter sententiam de Anno 1497. quæ in rem iudicatam abiuit & generalis est, referens se ad totum territorium & districtum comita- tus, pronunciari possit: tamen sufficere puta- rē posse quo ad Langen vnnd Dittelbach / sen- tentiæ verba, quatenus hoc patiantur, restrin- gi. Saluo &c.

Votum Dn. Lopez Corref.

QVoad deuolutionem, quamuis sententia à qua, sit mere interlocutoria iuxta iura communia, & decisionem pleni senatus, per resolutionē dubiorū statibus exhibitorum, id definitū sit, in scriptis fieri debere cū inserti- one grauaminū. Hîc autē non solū viua voce, sed etiam in scriptis sit appellatū. Itē inhibitū iuxta diuersa instrumēta appellationis & inhi- bitionis, existimo hanc caussam ad Cameram deuolutam, maxime cum in dd. resolutionibus dubio-

dubiorum etiam additum sit, viua voce appel-24 lari † posse, quando magistratus ipse sese pro interesse suo intromittit.

Nullitates substantiales nullæ. Dies enim caussæ agendi in instãtia nõ est expressa. Id ideò factum, quod auocatio statim ad emanatam citationem sit facta prius quam petitum fuit. Sed nec illud nullitatem parit, quod in propria caussa iudicarunt, cum ordinarius se competẽtem citra nullitatis vitium declarare possit.

De actione. Tribus potissimũ dicitur caussis actor. Abbas putat, sibi ius auocandi & remittendi suos subditos per Landtgericht citatos competere.

Quoad præsentem caussam in pagis Flostat & Dittelbach, primum ex literis exemptionis vber die Herrschafft Rosenbach/de Anno 1432. Verbis mit Gerichts zwang vnnd bandt/ maxime ppter priuilegium Friderici de anno 1442. vbi excipit Rosenbach. Et in specie Dittelbach ab omni Hofflandt vnnd frembden Gericht/ cum clausula annullatoria.

Deinde ex literis emptionis des Dorffs Flostat litera N. vbi hæc habentur verba mit Gerichts zwang vnndt Banden.

Tertio ex literis emptionis der Herrschafft Falckeneck/ litera M. quibus probatur monasterium pleno iure dominium dd. locorum mit Gerichts zwang vnnd banden nactum esse.

Quod autem Abbati competat Niedergericht/ dictorum pagorum, & sic ius primæ instantiæ in ciuilibus, expeditum est, ex causa reconuentionis fractæ pacis inter easdem, vbi aliquot exempla habentur, vbi ab Abbatis Vndergericht an sein Hoffgericht appellatum, & ex iure communi magistratui competit primæ instantiæ beneficium. Itaque suos auocare, quod idem etiam ex transactione Oddana & Steinbachensi in vicinis locis probatur.

Secunda caussa consistit in triplici priuilegio Ottonis, Wenceslai & Sigismundi Impp. vbi in posteriori priuilegio prohibetur, Abbatis & conuentus eigene Leutt & subditos vmb keinerley Sach willen in posterum verhoff Landt vnnd Gericht/ wie die genandt/ zu laden/ cum clausula annullatoria, nec quicquam præiudicaturum monasterio, siue in siue extra iudicicium fiat, cassando quatenus fiat, & insuper inhibendum, ne impediant sub mulcta 101. librarum auri, quibus accedunt confirmationes, Caroli, Ferdinandi & Maximil. 2. In quibus de nouo prohibetur in specie, ahn das Landtgericht zu Marin nit zufordern/ cum tali specificatione, quod satis intelligi possit, ipsos priuilegijs prioribus derogare voluisse.

Secundò accedit, quod c[illegible] Austriacum Wenceslai de A[illegible] nuaretur per Abbatem Marti[illegible] richt Marin addixerint, promis[illegible] reseruatione, sie wöllen dem geleb[illegible] lo des Landtgerichts. Cum itaque Abbas [illegible] & fuerit sub Terrapotenta, saltem ex eo capite remittere debebant.

Tertia caussa pura renunciatio Comitum vber die Herrschafft Rosenbach vnnd Dittelbach mit Gerichts zwang vnnd bande/ iuxta tenorem literarum litera F. quo faciunt etiam Verträg.

Ex his concludo, actores intẽtionem quoad ius auocandi probasse.

An Elisa.

IN Elisione tria considero, concursum priuilegiorum, præscriptionem, & rem iudicatam.

De Concursu priuilegiorum.

QVatenus priuilegia Comitis de Anno 1420. & Abbatis de Anno 1433. ab eodem Imper. Sigismundo perfecta sibi inuicem præiudicẽt propter vtrinq; adiectas clausulas derogatorias, patet inde, quod primum tempore sit prius 13. annis, secundum posterius ab Imperatore datum, & ad præsentem casum magis specificum & aptabile, in quo in specie eximuntur Sebaldenses subditi von allen Landtgerichten nullo excepto in verbis, wie die genandt sein/ ex certa scientia, & plenitudine potestatis. Quamuis itaque antiquiori priuilegio † cum clausula derogatoria omnium priuilegiorum præsentium & futurorum, 25 non possit alio priuilegio derogari, nisi prioris specialis fiat mentio. *c. Ceterum de rescript. c. nonnulli & ibi DD. maxime Fel. nu. 2. & 4. d. l. c. veniens prescript. Castr. cons. 358. vol. 1. post.* Si in præiudicium tertij vergat. *Ias. l. fi. C. const. pec.* Si tamen † primum priuilegium sit gene-26 rale, & secundum speciale, tunc secundum derogat primo. *c. 1. rescript. & ibi gl. & Panor. nu. 10. Canon c. dudum probandis. lib. 6.* Quod maxime verificatur in posterioribus confirmationibus, & nouis priuilegijs Ferdin. & Maxim. 2. vbi das Landtgericht zu Marin expressum est. Speciale namque derogatorium priuilegium derogat generali derogatorio, etiamsi sit clausum in corpore iuris. *d. c. 1. Refer. Franc. Mar. decis. 266.* per † reg. generi per speciem 27 derogatur. Quæ regula etiam in priuilegijs obtinet. *d. c. 1 nu. 10.* idq; vsq; adeo verum est, vt solum priuilegium speciale cõtra primum generale valeat, etsi primi mẽtio † nõ sit facta, si-28 ue illud cõtineat ius cõmune, siue ꝙ vltra. *Fel. d. c. 1 n. 3. Refer.* Maxime si speciale nõ absorbeat generale in totũ, sed ei tantũ aliquid detrahat, pro-

prout nostro casu quoad Sebaldẽses subditos tantũ derogatur *Fel. d. c. 1. nu. 3.* Quo casu nõ op' est, mentionẽ primi fieri. Generale est enim Zopfense priuilegiũ, q̃a directũ ad totũ Landtgraffeschafft / Sebaldense vero speciale, quo ad subditos Sebaldẽses tantum, so in der Landtgraffschafft gesessen / cum præcepto de remittendo. Quomodo autem nostro casu secundũ Sigismundi priuilegium sit specialius ius, & magis derogatorium, est deductum p Abbatẽ in posterioribus conclusionibus cum suis allegat. quo me refero. Absurdum enim esset, Alle Landtgericht in priuilegijs zubenehmen / Et q̃a posteriora noua priuilegia Ferdinandi, Maximiliani, expressam mentionẽ Der Herrschafft Falckeneck / vnd Rosenbach / auch das Landtgericht Marin faciunt, habent vim clausulæ derogatoriæ, ita vt generalis illa clausula hoc casu sufficiat. *Alex. cons. 187. nu. 19. & 22. vol. 2.* Etiamsi nullam aliam derogatoriam clausulã alias habet, sed tantum æquipollentem, quod sufficit ad tollendũ primum priuilegiũ quemadmodum & clausula † ex certa scientia priuilegijs posterioribus addita simpliciter vim derogatoriæ habet. *gl. l. fin. C. si cont. Ius vel util. publ.* Idem iudicium est de plenitudine † potestatis clausula, habet enim vim derogatoriæ ad omnem legem contrariam. *Fel. c. nonnulli. nu. 8. Refer. Dec. cons. 390. nu. 13. & cons. 37. & cons. 398. nu. 27.* Huc facit, quod Sigismũdus in derogatoria clausula solum sibi & non posteris præiudicauit, Itẽ solus Comes sit in priuilegio expressus.

29

30

Nec obstat quod dictæ confirmationes lite pendente sint factæ, quia vim declarationis habent, quia † qui declarat nihil noui dat, sed datum confirmat, ideò retrotrahitur ad tẽpus primæ concessionis. *l. hæredes palam §. 1 Test am.* Deinde ex confirmationibus & nouis illis cõcessionib' satis de mente Impp. constat, q̃ expresse derogare voluerint Marino Landtgericht quod in vim cõditionis primo priuilegio dem Landtgericht data facere potuit in verbis vt ibi. Imperatori enim in eo præscribi nõ potuit. In priuilegijs † autem mens potissimum consideranda venit. *c. quando priuil. Rom. cons.*

31

32

Nec obstat priuilegiũ tertij, quia non totaliter, sed modicum maxime, cum in primo deß Landtgerichts priuilegio exceptum fuerit Ius auocandi. Neq; enim princeps sibi legem † imponere potuit, in secundo priuilegio derogatorio Comiti dato, à quo non liceat recedere, si velit *Fel. c. nonnulli. nu. 6.* Ita vt dictum priuilegiũ † reuocari possit, etiãsi sit remuneratorium, si per illud concedatur Iurisdictio Dd. *maximè. Fel. c. nouit. nu. 8. 9. & seqq. Iud.* Iurisdictio enim † ab Imperatore fluit & refluit, sicut aqua ex fonte. *Bal. c. 1. §. adhuc de pace Iurã firm. nu. 11* Et quamuis Dec. impugnare videatur, tamen alijs rationibus idẽ defendit, vt etiam in principe locum habeat, quia in exercitijs iurisdictionis nõ agitur de commodo pecuniario, ideoq; reuocatio facilius admittitur. *Bal. l. qui se pri. nu. 10. vers. hoc scias. C. vnde liberi* Nos tamẽ hoc magis versamur in terminis limitationis, quam reuocationis priuilegij. Præterea etsi hæc omnia non essent, tamen in priuilegio illo Comitis derogatorio de añ 20. derogaretur solum & cassarentur priuilegia, quæ sunt contra Comitis priuilegia, non autem ipsius Comitis priuilegia cassantur. Per cõcessionẽ enim secundi priuilegij noui, & eidem facti, nunquam censetur reuocatum prius. At Abbatis priuilegium non contrariatur Comitis priuilegio priori; virtute enim primi auocatio locum habet, & in secundo expresse id non prohibetur. Alias enim si alium intellectum habere deberet derogatorium, tunc etiã Terræpotentibus per Wenceslaum concessum esset derogatum, quod tamen non est: quia auocare adhuc hodie possunt. Alias etiam foret dicendum, primum ipsius Com. priuileg. in specie cõcernens Das Landtgericht esse cassatum.

33

34

35

Quæ dicta sunt de reuocatione priuilegiorum, maximè intelliguntur in proprijs subditis *prout dicit. Fel. c. nouit ille. nu. 10. Iudic.* Constituens regulam generalem, quod † priuilegium concessum subdito regulariter possit auocari. His adde quod in priuilegio Ruperti Regis vber das Landtgericht de anno 1401. habentur daß Zopfenses bey jhrem Landtgericht / vnnd derselben ordnung / bleiben sollen / biß auff vnsere Nachkommen / im Reich wiederruffen. nu. 45. Et in eo etiam differre secundũ à primo priuilegio Sigismundi, quod in secundo sint verba ex plenitudine potestatis. Item cassatio suorum & suorum antecessorũ. Tertio quod vt Imperator.

36

De Præscriptione.

NOn minor est facultas in Elisione præscriptionis, quã immemorialis, & certorũ actuum ab anno &c. vsq; ad annũ &c. H. maximè cum de nullo effectuali auocatione Abbatis constet. Verum si testes de immemoriali deponentes collatione ad inuicem, & cum articulis facta, penitius introspiciantur, confuse de caussis delictorũ & ciuilibus deponere videtur, prout in specie in posteriori cõclusione Abb. deducitur.

Quoad actus in specie ab anno. 29. non sufficiunt ad præscriptionem, cum nõ sint de annis 40. Quib' accedit quod Comites & Landtgericht sciuerint priuilegium Abbatis, Itẽ tot interruptiones, auocationes, protestationes & appellationes diuersis temporibus sint factæ. Protestationem † autem faciens contra priuilegium, cui non intendit renunciare, protestatione illa iuuatur. *Rom. cons.* 252.

37

F

251. Fel. c. cum accessissent. num. 30. vers. 8. limit const. Actus † enim voluntarij per protestationem possunt limitari. *Fel. d. loco per l. 2 Si quis caut.* Deinde etiam multi actus nō sunt sortiti effectum. Ideo renunciasse dici non potest. *Anton. in c. pastoralis vers. Sed est dubium de poss. & propriet.* Imò etiamsi contrarium † actum priuilegio fecisset, tamen propter protestationem non præiudicasset sibi *Bar. l. 1. C. Qui sponte mun publ.* Idem iuris est in his, † quæ habent tractum successiuum etiam sine protestatione. *Bart. l. fin. C. const. pec.* maximè si attendimus clausulam annullatiuam in priuilegio appositam. Ibi enim partium consensus nihil potest operari, quam doctrinam *in d. c cum accessissent*, vocat vulgarem, allegans ad hoc iura, maximè quando talis dispositio est confirmata. Tunc enim absque autoritate superioris † non potest tolli. *Fel. d. loco num 9.*

Idem Iuris si in priuilegio sit Ecclesia decreti, vel alia prohibitiua, prout in terminis, Darumb gepietten wir, quia tunc neque per conuentionem, neque per præscriptionem amitti potest Archidiac. *c. cum de beneficio praebend. in 6.* allegans pulchrum exemplum, vt si Papa det Abbati alicui priuilegium, prohibendo ne beneficia monastica det Clericis secularibus, dato quod contra illud priuilegium longe fuerit factum, tamen illi derogatum non est; quia apparet de intentione principis, quam inferior abrogare non potest, quē sequitur & refert *Fel. d. c. cum accessissent, nu 30.*

Nec refert, quod de auocationibus ex parte Abbatis non constet, cum per ipsum non steterit, quo minus priuilegio vteretur, etiamsi 100 annis non fuerit vsus. Per † id enim non perdit priuilegium, cū non fuit in mora *gl. not. c. Abbate sanè & ibi Panorm. verb. sig. Iasl. l. beneficium const. princip.* Hinc est, quod Abbas allegeт ignorantiam contrariorum actuū, cum priuilegio non fiat præiudicium, quia † singulares personæ non possunt renunciare in præiudicium corporis, nisi præcedat tractatus omnium. *Fel. c. cum accessissent. nu. 29.*

38 39 40 41 42 43

De Re Iudicata.

44 Res iudicata petitorio † non præiudicat, qa super priuilegio, nec cognouerūt nec cognoscere voluerunt, sed eius cognitionē remiserunt. Præterea illa sententia præiudicat solum illis locis, quorum nomine auocatio est facta. Nec obstat concurrentia Iurisdictionis inter Vndergericht vnnd Landtgericht/ quia ea verè probata non est, & si probata esset, tamen priuilegium præiudicaret.

Ex his concludo intentionem actoris pbatam, nec tamē in totū elisam, in petitorio potissimum propter priuilegia Ferdinādi & Maximiliani, quæ nouū ius Abbati in specie tribuunt. Ideoque existimo adhuc manendum in terminis merè possessorij, donec plenè appareat, quid in reliquis causis appellationū, maximè quę circa ius auocationis versantur, sit faciendum. Et quia sentētia à quo in mero possessorio est lata, nō repugno, quatenus fieri potest propter deductum petitorium in Cam. h. vt confirmetur, cōpensatis expensis, propter dubium eius petitorij, eoque casu existimo pronunciari posse in hunc modum, daß im voriger Instantz wohl geurtheilt/ Vbel dauon appelliert/ vnd die Sache auff vorige Richter zu remittiren seye. Idque propter emanatam inhibitionem à Cam. per *c. Romana & c. corde appel in 6.* Cum hac tamen appendice & reseruatione, doch soll gedachtem Apt in seinen habenden Freyheiten in andere wege vnnd Fälle in petitorio vnschädtlich vnnd vnnachtheilich seyn. Saluo &c.

Votum D. Roßenkrantz.

Quoad procuratoria & nullitates cum RR. Quoad actionem competit officium iudicis in appellatione ad reformandā sententiam à quo. In priore instantia actum condictione ex noua L. *priuilegiorum*, cui principaliter nobis insistendū. Licet enim ex nouis causis liceat ius suum deducere in appellatione, conformes tamen articuli debent esse actioni prius intentatæ. Vnde accessoria considero ea de emptionibus & renunciationibus, ober die Herrschafft Rosenbach & Falckeneck/ adducta sunt. Et hæc duo fundamenta Abbatis, tituli nimirum emptionis & renunciationis prius examinabo.

Repeto autem hic ea, quæ in voto meo hac de re dixi in causa fractæ pacis, inter easdem, vbi conclusi, nec per emptiones suas, nec per allegatum renunciationem Abbatem efficere posse, vt pagi, de quibus lis, eximantur à superioritate der Landtgraffschafft Marin. Neque enim generales illæ renunciationes & translationes iurium vniuersali ordinariæ Iurisdictioni derogant, quam Comites habent in d. districtu, vt patet ex priuilegijs Impp. Neque verba † illa Gerichtzwang vnnd bandt simpliciter prolata omnem iurisdictionem important, vt videre licet, per not. à Couarr. *pr. quaest. c. 1. num. 9. vsque ad f. Vasquill. quaest. lib. 1 c. 3 num. 9. vsque ad f.* vbi illud æstimat ex circumstantijs, & iudicis arbitrio tandem committit. Wesemb. tum *cons. 95. à num. 18. vsque ad f. verbum* † mitt den Gerichten interpretatur de omnimoda iurisdictione, licet in alijs terminis. Ibi namque ex immemoriali præscriptione variorum actuum meri imperij, & sic à posteriori declarat verbum

45 46

verbum Gericht positum in den Lehenbrieffen: maximè quia nullus alius in exercitio aliorum actuum iurisdictionis fuerat: quod hic secus. Manifestum enim est, Comites in dicto districtu ab immemoriali tempore præcipua iura regalia, fiscalia, criminalia, & ciuilia quoque, suis casibus exercuisse, sicut in caussa fractæ pacis & hoc quoque abundè testibus & documentis probatur. Vnde vel ab initio non comprehenderunt generales illæ concessiones & renunciationes superiorem iurisdictionem, die Landtgericht/ vel & id quidem certo per contrarios actus immemorialis temporis tanquam per tacitam renunciationem inde recessum. 47 Etenim per 30 aut † ad summum 40. annos etiam contra Ecclesiam præscribitur *cap. si de terra & cap. accedentibus priuil. Et vtrobique Mar. Soc.* Et rectores Ecclesia-48 rum,† negligendo seu tacendo præiudicant Ecclesiæ, permittendo præscriptionem currere contra Ecclesiam, præsertim quando per factum prelati reditur ad ius commune, vt hic, aut speciali iure exemptionis ad vniuersalem iurisdictionem territorij, & talis prælatus per negligentiam præiudicando Ecclesiæ tenetur ipse satisfacere Ecclesiæ. *Soc. d. c. si de terra. numero. 4. 5. 6. 7.* Addo, quod in instrumento emptionis der Herrschafft Rosenbach vnnd dorffs Flostatt vidimato per Landtgericht Marin sine clausula reseruatoria pro Comitibus/ ahn ihren Freyheitten/ Herrlich. vnnd Obrigkeiten.

Concludo per has renunciationes, & emptiones, vel non probatam vel certè elisam intentionem Abbatis per præscriptionem & contrarios actus.

Quoad ius triplicis priuilegij, priuilegium Ottonis est impertinens. Continet enim solam fundationem & exemptionem monasterij S. Blasij, quo ad locum illum & conuentum illius, qui locus situs est extra Landtgraffschafft Marin/ vt patet in Concl. Schrifft à Comitibus exhibita. *numero 54.* in causa fractæ pacis inter easdem. No-49 torium autem, quod exemptus † seu priuilegiatus ratione certæ rei vel loci, non dicitur exemptus ratione alterius rei seu loci. *cap. cum capella Ducis Burgun. & ibi Man. Socin. numero 1. & 2. priuil.* Et est priuilegium personale ad locum. *Socinus ibidem num. 5. & in consilio 111. numero 1. volumine 1.* Item 50 priuilegium † concessum monasterio cum capellis, non intelligitur, ad capellas postea quæsitas. *Socinus ibidem numero 1. & 2.* 51 *vbi dicit communem.* Item membra † monasterij empti non gaudent priuilegio exemptionis concesso monasterio. Est enim odiosum & restringendum tale priuilegium. *Socin. c. ex ore. num. 10. priuil.* Item priuilegium ordini † concessum non extenditur ad 52 colonos eius. *Socinus consilio 797. num. 6. vol. 2.* nec ad bona postea quæsita. *Item cons. 268. num. 4. vol. eod.* Cócludo in terminis nihil probare priuilegium Ottonis.

De priuilegio Wenceslai idem iudicium. Etenim vix intelligere possum, qua ratione generale priuilegium exemptionis Terræpotentis Abbati prodesse debeat, quam pro statu Imperij vnánimiter in caussa fractæ pacis habuimus, multo minus extendi debeat ad Landtgraffschafft Marin. Nec hic obstat, quod in vidimatione dicti priuilegij iudicis in Marin pronunciarunt, Abbati liberum esse in omnibus causis, & apud omnes iudices seculares & spirituales priuilegio eo vti. Id enim restringendum est ad petitionem Abbatis ibidem. Expresse enim petit declarari à Landtgericht/ ob er sich solcher Freyheit gebrauchen möge an allen Orten. Et sic transeo cum hoc priuilegio.

De priuilegio Sigismundi omnium maximè pro Abbate videtur facere de anno 1413. quia expresse eximit die Herrschafft Rosenbach/ quam vno anno ante emerat Abbas. De hac igitur exemptione videndum I. An libera facultas fuerit Sigismundi eximendi d. Herrschafft à districtu der Landtgraffschafft Marin. 2. An per generalem exemptionem contineatur etiam das Landtgericht Marin. Quo ad 1. facultas Imp. reseruata fuit in priuilegio, de anno 1401. reuocandi das Landtgericht/, & in priuilegio de anno 1415. facultas reseruata concedendi auocationes vel ius auocandi. Sed ab hac facultate expresse receditur in priuilegio Sigismundi Comitibus dato de anno 1420. in quo cassantur & annullantur omnia priuilegia derogantia priuilegijs Comitum, & in specie dem Landtgericht/ si dixisset, se annullare priuilegia futura vel præsentia cócedenda contra priuilegia Comitis, nihil obstitisset in dem Casu, quia priuilegia, Ruperti & eiusdem Sigismundi de anno 1401. & 1415. cum suis clausulis, de reuocando priuilegio, & de deferendo literis auocatorijs, mansissent integræ, sicut relatum in suo Referente. Iam vero, quia in specie annullat ex plenitudine potestatis sua priuilegia concedenda contra Landtgericht/ aperte iudicat, se vel reuocare vel derogare imposterum d. Landtgericht nullo modo intendere. Cassat enim futura priuilegia in allen ihren stücken die dem Landtgericht schaden mögen. Sic puto

F 2 eundem

eundem saltem Sigismundum vel non potuisse, vel certe voluisse in posteriori priuilegio Abbati concesso derogare aliquid dem Landtgericht Marin. Vnde consequenter quæritur ad secundam quæstionem, an per generalem exemptionem der Herrschafft Rosenbach von allem Hoff vnnd Landtgericht/ cötineatur etiam das Landtgericht Marin/ patet ex præmissis iam modò mentem Imperatoris non fuisse detrahere aliquid dem Landtgericht zu Marin. Nec enim exemptio illa der Herrschafft Rosenbach specialiter se habet ad Comitis priuilegium, seu ad Landtgericht/ sed est generale respectu omnium iudiciorum. Generale † vero priuilegium non trahitur ad species, in quibus diuersa ratio est, vel de quibus non videtur verisimiliter cogitasse princeps, vt hoc propter præcedentem dispositionem de non derogando dem Landtgericht imo cassando omnia in contrarium facientia. Longe alia ratio est, quando aliorum Hoff vnd Landtgericht. Vnde iura quæ tractat Felinus *capite primo.* Rescr. magis pro Comite hoc loco faciunt, stante regula, quam ibi ponit, quod secunda † dispositio contraria primo priuilegio non derogat ei, nisi facta eius mentione: & limitatio primæ eius regulæ ibidem posita, quod speciale secundum simpliciter derogat primo generali, hic locum non habet, quia non exprimitur das Landtgericht Marin in d. priuilegio Sigismundi Abbati concesso: nec est aptum generalibus verbis cöprehendi propter præcedentem specialem derogatoriam & cassatiuam in contrarium, contra quam non videtur vnus & idem princeps per generalia hæc verba voluisse aliquid statuere. Et sufficit de iure generali priuilegium exemptionis verificari in multis, sicut hic in alijs Hoff vnd Landtgericht.

53

54

Nec opus est in omnibus speciebus verificari. *text. capite primo. ff. nunquid priuil. in 6. Socinus consilio 110 numero 2. volumine 1.* Præsertim in nostro casu, vbi multæ singulares rationes sunt deß Landtgerichts Marin/ quæ in alijs forte Hoffgericht vnnd Landtgericht non sunt, vt hic singularis districtus der Landtgraffschafft Marin cum alijs iuribus & subiectionibus & propter d. clausulam specialem imitantem.

Item, quia Comes iam tum habebat Ius in re, cum Abbas tantum ius generale exemptionis haberet, cuius nec tum postea in vsu fuit.

Præterea in facto diligenter notatur, quod Ditteibach tum temporis nondum fuit pertinentia der Herrschafft Rosenbach/ sicut nec exprimitur im Kauffbrieff/ de ão 1433. nec in priuilegio Sigismundi 1433. sed longo post tempore Anno 1448. Wilhelm von Stammen vendidit illum pagum Maximilian von der Burgk. Et eodem anno idem von der Burgk mit der Herrschafft Rosenbach vendidit Abbati, & etiam medio illo tempore, quo von der Burgk impetrauit priuilegiũ exemptionis vber die Herrschafft Rosenbach Anno 1442. nondum possidebat Ditteibach/ sed, vt dixi, demum Anno 1448. Vnde validissime stringunt Iura, quæ volunt, quod † extensio priuilegij, de loco ad locum fieri non debeat. *capite commissum de decimis,* vbi notat quod res perueniens ad priuilegiatum non mutat naturã suam. Et quoad Falckeneck idem dominium cum pago Flostatt/ ad Abbatem peruenit demum Anno 1480. & sic 47. annis post priuilegium Sigismundi, & eo loco est expressa reseruatio pro superioritate Comitis in fertigungs Brieff eodem anno von dem Landtgericht geschehen.

55

Concludo actionem, quatenus se fundat in priuilegio Sigismundi vel etiam Friderici III. non esse probatam.

Quoad posteriora priuilegia, partim sunt confirmatoria vel † innouantia, vt ea, quæ ante litem data fuerunt, & nouum ius non tribuunt. *capite secundo confirm. Abbas. capite ex tenore priuileg.* vbi dicit hoc verum, etiamsi fiat ab eo, qui habet ius de nouo concedendi. Partim de nouo & specifice quidem eximunt ditionẽ Abbat. à Landtgericht Marin/ & ea sunt impetrata lite pendente. Vnde puto ex vitio subreptionis non valere.

56

Et licet subreptio ob difficilem probationem doli forte hoc casu probari non possit, tamen saltem ex † defectu intentionis principis concedentis, quatenus litis pendentiæ & Rei inter partes de eodem iure iudicatę mentionem non faciunt, per ea quæ notat *Felinus & Abbas capite super literis rescind.* vbi ponunt regulam generalem de exprimendis ijs, quæ principem mouere possent ad concedendum vel non concedendum vel difficilius concedendum, quam declarat ibi Felinus *p. 10.* alias speciales regulas in sexta & septima regula speciali ibidem ponit de exprimenda litis pendentia & re iudicata. *Ripa capite primo. Rescript. numero septuagesimo*

57

gesimo octauo cum sequentibus de ampliando d. regulam de exprimenda scilicet re iudicata, etiamsi priuilegium veniat consecutiue ad aliud, adde text. *exposita arbitr. Abbas ibidem numero 4. fac. a fin text. capite multiplici decimis*, qui loquitur de transactione, inprimis vero *C. postulasti de Rescript. verb deleui*, nō scribimus, vbi not vulgo, quod tacito eo, quo expresso non ita facile princeps dedisset literas, facit subreptitium. *Abbas ibidem numero 1. notat* quod subreptio † vitiat, etiamsi causa sit impulsiua nedum inductiua, *ex lege finali. Item* Abbas *c. caeterum rescript. numero 3.* vult, quod facienda sit mentio de 7. notabili clausula prioris rescripti. Quae autem sit clausula notabilis, relinquitur iudicis arbitrio de subreptione cognoscentis. Ego in nostra caussa pendente pondero, clausulam irritantem datam Comiti de anno 1420, & clausulam sententiae in rem iudicatam transactae de anno 1498. ibi vnnd sollen hinfüro & sing. *not. l. f. C. precibus Imp.* quae vult, quod debet fieri mentio de illa clausula, super qua principaliter disputatur. Quod est notandum ad infringenda rescripta, vt dicit additio ad Abb. *in d. c. Caeterum.*

58

59

Vnde non est opus, vt hic disputemus de potentia Imperatoris an de nouo possit adimere &c. cum hic obstet defectus obtentionis principis, qui non videtur per sententiam res vel alio modo compositas velle suscitare *d. c. exposita & d. c. ex multiplici de decimis.*

Et cum Abbas noster à limine iudicij repellendus veniat, quia tale rescriptum meruit contra rem iudicatam vel sententiam adiudicatam, quam prouocatio nulla suspendit. *textus leg. vltim. C. Sent. rescind. non poss.*

Non video quomodo defendi possit clausula reseruatoria super petitorio Abbatis. Adde Egid. Bellaim. *decis. ducentesima quadragesima nona.* vbi decidit, quod eo casu, quo impetratio † lite pendente facta tollit ius alterius, non valet, sicut contra quoties alteri parti nihil praeiudicatur nec in petitorio, nec in possessorio non nocet tacuisse litis pendentiam, quam decisionem laudat & sequitur Felinus *capite primo. columna vndecima Resc.* Imo etiam † gratia praeiudicialis lite pendente impetrata, non operatur, etiamsi is contra quem non habeat ius, si modo fiat praeiudicium in sola possessione. *Bellam. d. decis. Affl. decis. 220. numero 13. cum sequente.*

60

61

An vero litis pendentiā tacitam saluet † haec clausula ex motu proprio disputat Gabriel *libro secundo, Comm. conclu. t. 4. de iudicijs, numero nono* pro illis, qui dicunt clausulam motu proprio non saluare tacitam litis pendentiam facit ratio, quod proprius motus solum excludit subreptionem, nō autem gratiam, contra intentionem concedentis. *Abb. c. nonnulli rescript. nu. 10.*

62

Non obstant, quae communiter disputant † vtrum priuilegium lite pendente impetratum valeat, lite finita vel in futurum. Quod praeter alios Abbas late tractat *c. f. vt lit. pend.* vbi licet teneat priuilegium valere lite finita, tamen hoc ipsum restringit, si pro impetrante feratur sententia, vel si absolueretur ab instantia, & inchoäretur nouum iudicium, in quibus casibus etiam expresse loquitur. Innoc. *d. c. f.* Quod si contra impetrantem fertur † sententia, hunc casum difficilem Abbas dicit, distinguit tamen *numero 10* vtrum sententia pro altera parte ferenda fundatur in iure communi, an vero in iure speciali partis.

63

64

Si de iure communi, sententia est ferenda pro altera parte, contra quem impetratum fuit priuilegium, ibi ad futuram litem vel lite finita valet priuilegium, etsi non fiat mentio iuris communis. Quod si ex speciali iure, vtputa possessionis, tamen nō praeiudicat priuilegium lite pendente impetratum, etiam lite finita, nisi expressa eius foret mentio.

Qualis autem mentio in nouissimo priuilegio fiat, de iure Comitis, patet dum dicitur turbasse Abbat. ꝙ sane nō simpli. ē sed dolosam subreptionē importat, quod is narratur de facto turbasse, qui antiquioribus priuilegijs, praescriptione immemoriali, pluribus rebus iudicatis, & contra auocationem Abbatis. Item expressa confessione Abbatis in processu de anno 1498 fundatus in notorio districtu suo, (vbi non simpliciter iurisdictionis exercitium, sed & alia summa iura habet) se in sua defendit possessione.

Concludo cum R. simpliciter, ita vt non sit facienda mentio clausulae reseruatoriae, cum nullum inter Doctores reperetim, qui hoc casu in priuilegio lite pendente ex impetrato expresse reseruandum dicat, sed simpliciter docent, litem pendentem ita decidendam, quasi non visis nouis priuilegijs. *Fel. d. c. 1. Rescr. col. 11. Abb. d. c. f. in pr.* De expensis tamen non multum cōtendo, quin compensentur propter hanc intricatam priuilegiorum quaestionem, tandem 23. Septembris condemnauit Abbatem in expensas.

Votum D. Eisenhart.

Quo ad procuratoria & nullitates cum D. Ref.

D. Ref. Quo ad actiones vtriusque instantiæ cum D. Rosenkrantz. Condictio ex noua lege ab Abbate intentata videtur probata per priuilegium Sigismundi Imperatoris de anno 1433.

Verum, quia pro sua defensione rei etiam allegant eiusdem Imperatoris priuilegium de anno 1420. ita vt sit aliqualis concursus priuilegiorum, si penitus examinetur mens Imperatoris, quæ hic maxime considerända est, puto rectius & verius posse dici, Abbatem per priuilegium suum nil probare, & sic eius intentionem non probatam, vt patebit ex tenore priuilegiorum, & clausulis ijsdem insertis.

Nam Abbatis priuilegium nullam facit specificam mentionem exemptionis Abbatis Landtgericht Marin, vicissim vero Comitum priuilegium de anno 1420. expresse disponit, annullat, cassat, & irritat omnia priuilegia, die dem Landtgericht schaden bringen möchten. Et quidem, quod ad clausulas attinet, habent ferè ambo priuilegia clausulas easdem illas generales ex certa scientia decreti ex plena potestate: in eo tamen prægnantissimam habet clausulam Comitis priuilegium, quod dicitur illius heredibus ob bene merita concessum quod diligenter considerandum puto. Quia ex hac sola clausula de voluntate, intentione & potestate Imperatoris arguere licet. Nam hinc fit, † vt tale priuilegium transeat in vim contractus. *Bald. l. qui se principis, vers. ex hoc scies. C. vnde liberi, pro quo etiam text. l. Titius puerum obs. q. libert.* vnde reficitur irreuocabilis. [65]

Quia princeps in contractibus vtitur iure † communi *Bald. l. ex imperfecto. C. testam.* & efficaciter obligatur *capite primo & & ibi Abbas probat Cyn l. digna vox. versu vltimo scias C. L L.* In tantum, quod etiam de plenitudine potestatis non possit contrauenire, *Castr. d. l. digna vox.* [66]

Nec suffragatur respondere, hæc procedere, quando princeps vere cõtraxisset, † secus quando subdito aliquod priuilegium concessisset, quia illud potest reuocari. *Gabriel de Iur. quæsito non toll. concl. 7.* Et quod † priuilegium etiam remuneratorium posset reuocari ex caussa *Gabriel d. loco numero 2.* [67] [68]

Et † quod in principe præsumatur iustitia causæ, cum sola eius voluntas habeatur pro caussa *gl. l. regulari Panorm.* in tantũ quod non admittatur probatio in contrarium. *Cyn. l. rescripta, & l. fin. C. Si contra ius. &c.* Nam respondetur hoc procedere, vbi princeps aliquid statuisset, generaliter, vel particulariter motu proprio, secus vbi ad alterius postulationem, quia tunc præsumitur magis ad importunitatem postulantis concessisse, quam ex aliqua iusta caussa *l. 1. C. petit. bon. publ. lib. 10. Ias. l. Si testam. C. testamentum.* Et patet ex tenore priuilegiorum ad postulationem Abbatis esse concessum. [69]

Posset etiam responderi supra dicta procedere, quando princeps rescribit contra ea, quæ sunt iuris ciuilis, secus si contra ea, quæ sunt iuris gentium: Contra quæ non potest libere actum facere, & ideo requiritur eo casu, quod caussam exprimat, & quod sit iusta. Ita tenet Ias. *d. l. si testament.* Et ideo si princeps obligatus est ex contractu, & sic de iuregentiũ & rescribit contra talem contractum, non præsumeretur iusta causa, si in eo non esset expressa: aliàs facile posset infringere omnem contractum cum eo initum contra text. *c. 1. probat. Panor. c. quæ in Ecclesiarum constit.*

Et sic cum priuilegium Comitum ob bene merita concessum transiuerit in contractum, dicitur ipsis ius quæsitum de iure gentium. *Canon. c. nouit. de Iudic.* Quamuis etiam dici possit, priuilegium non subdito concessum transire in contractum, *per Gabriel. d. loco nu. 11.* Comites enim nõ sunt vel ꝓprie dici nõ possunt subditi Imperatoris, cum sint Comites Imperii, neque sane mens Imperatoris fuisse præsumitur voluisse præiudicare comitibus per hoc priuilegium: quandoquidem omnia priuilegia † rescripta Papæ et Impp. intelligantur sine præiudicio Iuris cuiuscunque *l. nec auus C. emana. liber. l. cum filius famil. test. milit. l. ex facto ibi Bald. vulg. & pupil.* [70]

Præterea † verba posita in rescripto Imp. debent esse conformia æquitati & iuri, licet verba ista non patiantur, *gl. c. paratus verb. si verb. 23. q. 1. Iason d. l. ex facto.* Iam vero æquitas non patitur, vt per contrariũ priuilegiũ generale auferatur alicui ius suum quæsitum & sua possessione vel quasi spolietur, quod nec Imperatores voluisse vel potuisse in præiudicium Imperij, weil es ein frey Landtgericht deß Reichs ist / verisimile est & Comes sit etiam inuestitus ab Imperatoribus omnibus. Vnde non præsumitur Imperator feudum Comiti voluisse diminuere, quia hoc non potest sine caussa, cum in feudo sit contractus formatus inter principem & vasallum. [71]

Ex his concludo, per hæc & à D. R & Rosenkrantz allegata, per posterius priuilegium Imperatoris nullo modo posse, nec potuisse præiudicare primo, & quod merito comes sit præferendus.

Reliqua priuilegia Ottonis & Wencеslai non attendo & ita concludo, actorem nihil

nihil probasse, ideoque reum absoluendum.

Clausulam reseruatoriam non annecto. Nam licet confirmationes priuilegiorum Ferdinandi & Maximiliani habent clausulam, quo exprimitur Abbas, & eius subditi tantum, quia rescripta illa impetrata † sunt lite pendente, de quo Felinus *capite super literis Rescript. numero 8. & ibi gloss. verbo literas dedissemus* nec etiam rei iudicatæ facta sit mentio. *arg. c. inter dilectos fide instrum. & ibi Molin. in addit.*

72

Cum itaque in his posterioribus confirmationibus neque litis pendentiæ neque rei iudicatæ fiat mentio, sicut fieri debobat, non caret suspicione illa per subreptionem impetrata. Iam cum † subreptio dolum præsumat, absurdum esset, quod ille impetrans ex dolo suo commodum impetraret. *l. ne ex dolo.*

73

Concludo itaque Abbatem similem fuisse infirmo, qui chirurgo vulnus tegere noluit, & ob id mortuus est. Debuisset enim Imperatori omnia vulnera detegere, id est, omnia obstantia impetrationi, ita quod appareat de voluntate Imperatoris eum intellexisse rem omnem clare & specifice, aliàs † enim rescribens non intelligitur dispensasse, sicut medicus non prouidet infirmitati quam tuetur *ita arguit. Bald. cons. 24. longum thema libro 3.* eumque à limine iudicij non modo repellendum, sed etiam illi nihil reseruandum cum Expensis. Saluo. &c.

74

D. Helfferich.

QVod ad deuolutionem censeo cum D. R. caussam non desertam, sed deuolutam.

Primum dici potest, intentionem Abbatis ex priuilegio Sigismundi generaliter, ex nouissimis autem & specialiter videri probatam propter intricatas dd. disputationes, quatenus priuilegia etiam lite pendente impetrata ad decisionem eiusdem sint trahenda. *Gabriel late lib. 2. concl. 4. Iudic.* maxime in † materia iurisdictionali, in qua Imperator omnẽ potestatem conferendi habet. *Fel. c. nouit ille. nu. 8. 9. Iudicijs.*

75

De Elisione videndum.

PRimo an satisfactum Interlocutoriæ Cam. Anno 62. 21. August. Et quo ad pagos Dittelbach & Flosftatt abunde satisfactum puto, ita vt per priuilegium Sigismundi intentio Abbatis re vera probata non sit, vel quatenus ex generalissimis verbis pro probata habebitur, elisa per factum & iura à Dominis R R. Rosenkrantz adducta de non extendendis priuilegijs ad postea quæsita, & hactenus etiam habemus consentientes antecessores nostros, autores sententiæ de anno 62. quos tamen mirum est vllam fecisse mentionem priuilegij Sigismundi. Cum illud, vt ex actis patet, nullum sortitum fuerit effectum, contra Comitis Landtgericht/ imo ne sortiri quidem potuit de iure propter secundum Comitis priuilegium a Sigismundo datum, quod est speciale Landtgericht. Abbatis vero generale, quod etiam in actum deductum est contra iudicium Rochense & Haussense, & Bergense, sed probatoria omnia dictam interlocutoriam subsecuta sunt, vt ex prodocollo patet.

Nouissima priuilegia Caroli V. Ferd. Max. ab anno 53. & deinceps appellatione hac pendente obtenta, & anno 68. Iudicialiter producta restant excutienda. Et quoad dd. priuilegiorum clausulas. &c. reuoco vota dominorum ante me, & cum ijsdem concludo, eas non esse tanti ponderis, vt priuilegia ista ad præsentis caussæ decision[illegible] trahi possint, vel etiam formulæ senten[illegible]dum annecti.

Iuris † concessio[illegible] lem lite pendente o[illegible] etiamsi motu propri[illegible] 4. *ampl. 5 num. 20.*

76

Et licet hoc casi[illegible] tire videantur, tam[illegible]ionem[illegible] rem præsentem, quam [illegible]ctant, restringendam puto, *gl. Bald.* [illegible] *tractant ad d. l. si quis & leg. d. sequens.* [illegible] *cautionem*, quæ loquitur de priuilegio [illegible], seu rescripto ad lites pendente lite impetrato, vel vltro & motu ꝓprio oblato. *Et Bar. l. 1. nu. 3.* fraudem omnem excludit, & loquitur detracto Cleri tantum lite pendente à superiore. Rom. super veritate illius opinionis se non resoluit. *cons. 327. num. 11.* Solus Brunus *cons. 21.* communem quidem dicit, sed admodum dilute.

Omnes autem se fundant *in d. leg. si quis* Vnde secundum eandem sunt intelligendi. Inter rescripta autem † iustitiæ & priuilegia gratiæ plurimum interest, facilius illa, quam ista conceduntur & adimuntur. *Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 3. casu 201. & 202.*

77

Dato autem secundam opinionem intelligendam de priuilegijs generaliter, tamen clausula motus proprij & æquipollentes, Abbatem iuuare non possunt, quod ijsdem etiam Comes sit adstrictus, ita vt remota suspicione subreptionis non temere præsumendum vel statuendum sit, Imp. ꝑ generales eiusmodi clausulas speciali comitis priuilegio super Landtgericht ob seruitia, & bene merita, vt narratur, cõcesso vsu, & possessione longissima rebus etiam iudicatis, & inuestituris feudalib', ita roborato & firmato, vt cessante omni priuilegio & alio titulo sola ꝓscriptio,

Abbas, quod cum posset qua non factam persecutionem appellationis nomine Ecclesiæ suæ restitutionem † in integrū à iudice appellationis petere hoc intra debitum tempus facere prætermiserit. *Cynus l. præses. C. de appel-pel.* Concludo, non obstantibus fundamentis Abbat. iura comitum per sequentia esse potiora.

9

I. Est res iudicata 1498. Iuris igitur est expressi, priuilegium † perdi per sententiam cōtra illud latam, à qua non fuit appellatū, vel si debito tempore non fuerit prosecuta appellatio. *gl. & Panor. c. suggestum, n. 6. Dec. per c. cum inter te iud. Cranet. cons. 103. nu. 1. per tot. Ferrar. in forma petendi contra instrumenta ad verbum penitus. vers. 7. quæritur,* vbi inter alios modos petendi priuilegium ponunt. Si verbo vel facto tacitè vel expressè ei renuncietur.

10

Non obstat allegatio Abb. quod Ecclesia seu Ecclesiasticæ personę † priuilegio suo renunciare nō possunt, quia hoc fallit in præsenti ꝑpter rei iudicatę authoritatē, sicut & tunc, cum annis 40. præscriptum est priuilegium, vel ei contrauentum. *Ias. d. l. beneficium. nu. 58. Schurff. cons. 59. nu. 34. Cent. 1.*

11

II. Præscriptio † immemorialis, quæ est ꝓbata per testes deponētes, quod ita semper viderint, & audiuerint à maioribus. nunquā etiā aliter fuit obseruatum excepta lite præsente, extra quā de contrario vsu non extet memoria. Ita enim hæc præscriptio necessario probanda venit, *Mynſ. cent. 1. obſ. 30.* Omnes etiam addunt causam scientiæ, se ita vidisse, audiuisse ab alijs, & expertos esse, & pleriq; etiam sunt subditi Abbatis.

12

III. Præscriptio longissima 40. annorum, de qua ferè omnes testes deponunt. Vnde succedit regula & communionis opinio, quod † priuilegium concessum Ecclesiæ spacio 40. annorum præscribatur, *Abb. c. per illarum. nu. 4. prebendis & c. accedentibus, num. 1. & 4. & ibi Innoc. priuileg. Bald. de præscript. p. 4. Sp. pr.* idq; per regulam generalem auth. *quas actiones C. SS. Eccles. c. de 4. præscript.*

13

His accedunt actus in specie ad hanc caussam facientes, auß dem Vrtheilbuch / *nu 79.* vbi anno 1528. & seq. ipsemet officiales Falckeneckenses corā iudicio Fanstēsi ratione debiti & cōputi conuenerunt † dem Meyer daselbst / & processum vsque ad immissionem in bona continuarunt. Item anno 30. ex caussa venditionis, zwischen dem Vogt vnnd dem Meyer zu Falckeneck. Item in libro de iudiciali. *nu. 80.* vbi recensetur, dominos actores diuersos ex causa ciuili cōtra duos alios Dittelbachēses in dicto iudicio egisse, litem prosecutos esse, latis sententijs, vim definitiuæ habentibus. Item alia sententia ibi habeē absolutoria lata inter Veit Rucker & Cōrad Kenlin ambo Dittelbachēses, & his iungi possunt alij 6. actus auß dem Vrtheilbuch. *nu. 82.* vbi quidam de Flostatt cōdemnatur ad soluendū equum Anno. 1545. & cōsequenter Anno. 47. Iterum duæ sententiæ latæ sunt in duos Iudęos, & quosd. Flostatēses, Reos caussa immissionis. Itē Anno. 48. inter N. de Rospach. & N. Flostatensem Reum, & Anno 49. rursus duo Dittelbachenses condemnati, vnus ad soluendum debitum bey sonnen schein / alter ad soluendum 11. Flor. 9. Batz. Item habentur aliquod actus im Vrtheilbuch. *nu. 86.*

Ex quibus omnibus de pendito priuilegio Abbat. constat.

IV. Fundamentum principale positum est in omnibus priuilegijs antiquioribus, quorum vnum est de anno 1415. alterum de anno 1420. quod clausulam habet benè meritorū, ex qua etiam sequitur, quod princeps illud priuilegium † sicut nec infeudationes, nec officiorum dignitates, nec iurisdictionum collationes ob merita collatas, etiam cum iusta causa retractare nequit. *Zaſ. in reſcript. ſent. verbo princeps. nu. 263.*

14

Non obstat adiecta clausula in priore, es würde dann mit Freyheiten oder gezog Brieffen versprochen / als Landtgericht Recht vnnd Gewonheit ist. Cum hęc clausula pertineat ad iam data priuilegia, & ad præteritum respiciat, non ad futurum. Imò Imperator noster acquisito † alteri ex priuilegio generali non censetur derogare voluisse, per aliud cōtrarium priuilegium certo loco concessum, etsi hoc secūdum sit magis speciale, nisi in indiuiduo, & cum expressione caussæ deroget. *Bened. de Vadis. d. loco vbi alleg. Barbat. c. veniens præſcript.* Quin etiam non obstat, dicta clausula, tum propter aliud priuilegium Comitum de anno 1420. purum, neque conditionatum: tum quia quo ad dictos subditos Abbatis, illa clausula conditionalis per sententiam de Anno 1498. penitus est abrogata: Abbatis priuilegium vsu receptum non fuisse. Addo & propterea, nec † valere, nec ligare posse. *Goz. ad. conſ. 23. num. 9. Caphol. conſ. 96. num. 15. tomo 1.* Item quod per supra dicta omnia in vim consuetudinis Comites intelligantur ius controuersum habere, vnde succedit regula: Quod priuilegium † concessum à principe non intelligatur derogare consuetudini loci, nisi in eo fiat expressa mentio de consuetudine *Panor. d. c. per illorum. num. 7.* Et ratio esse potest. Quia sicut priuilegium & præscriptio concurrere, & simul stare possunt, ita etiam & consuetudo & priuilegium.

15

16

17

Non obstant confirmationes Impp. recentiorum, vbi in specie dem Landtgericht Marin derogatum videtur. Quia † lite pendente impetratra sunt, nec Imperator potest in † præiudi-

18 19

tertij per inuestituram acquisiti, quos ciuiles confirmati, scilicet, item præscriptionem & sententi... noui iusta caussa statuere, inaudi... parte, etiamsi ex plenitudine pietatis hoc facere vellet. *Crauet conf. 103. num 3. Menoch. de arbr. iudic. lib. 1. q. 48. nu. 6. & 7.* Et maximè facit quod illæ confirmationes habeant expressam clausulā sine præiudicio tertij.

Non obstat, quod in sententia de Anno 1498. clausula adiecta est mit Vorbehaltung / ob einiger theil den andern dieser Sachen halben Rechts nit vertragen / daß mögen sie thun vnd sehen an Enden / da den solche Freyheiten herrüren vnnd kommen. Quia puto per longissimum tempus & maximam negligentiam Abbatis, & proprium contrarium factum ei præscriptum esse, eamq; illum non iuuare. Quia vt regulariter nemo renūciare potest præscriptioni, ita nec iudices priores Comiti per illam clausulam ius præscribendi tollere potuerunt.

Vltimum fundamentum, quod d. pagi Flostat & Dittelbach positi sunt in districtu Marino, prout liquide per testes probatum, ideoque debere subditos ex iure communi † sortiri iurisdictionem eiusdem territorij, quo sunt eorum bona sita, *per l. pupillus. §. territorium. & sign. Gramm conf. ciuili. nu. 2. Alu. d. §. territorium* Et hoc faciunt inuestituræ feudi à diuersis Imp. concessæ ratione der Landtgraffschafft vnnd deß Landtgerichts / quarum prima est Anno 1401. Vnde colligi potest, quod concesso territorio Comitatus vniuersaliter, etiam iurisdictio concessa intelligatur, prout est cōmunis conclusio relata, *per text. l. ius dicentis. n. 43. Et comm. inter per dd. l. 1. de verb. obl. Curt. Iun. nu. 103. & seqq iurisd. om. iud.*

Non obstat allegatio Abbatis, quod Rosenbach separatū quid fuerit, qui hoc nō probauit, nec docet exemptionem per instrumentū venditionis litera A. Quoniam ipsi tantū proprietas terrarum fuit vendita, frey vnbekümmert vnnd vnpfandtbar / nulla iurisdictio specialis caussarum ciuilium, de qua hic est quæstio, ideoq; dicti instrumēti † verba hæc, mit Vogteyen / gebietten vnnd verbietten / Gerichten / Hauptrechten / referri debent ad aliam quamcunque iurisdictionem extraordinariam, qualis est, die Niedergerichtliche Obrigkeit biß auff zehen pfundt Heller in suis casibus zustraffen / quæ & monasterio non denegatur per Comitem; ad ordinariam autem iurisdictionem in caussis ciuilibus nullo modo pertinet.

Non obstat der verzeichnuß Brieffe litera F. de Anno 1366. Quia generalis est renunciatio, non concernens ius controuersum iurisdictionis.

Nō obstat iterum, quod quo ad Rosenbach Comites nō satisfecerint interlocutoriæ Anno 62. 21. Augusti latæ, quæ iniunxit probationē Comitibus, illud dominium ad monasterium peruenisse demum post interpretationem priuilegij. Quoniam in eo nulla iurisdictio ponenda, & satis impertinens est illa iniunctio probationis.

Non obstat instrumentum venditionis litera N. de Anno 1380. concernens Falckeneck, cum pago Flostatt & pertinentijs, tum quia verba instrumenti referunt se tantum auff die Niedergerichtliche Obrigkeit / non quo ad alia iurisdictionalia; tum quia non liquet, vel emptorem, vel ipsius autorem in possessione alterius iurisdictionis fuisse; tum denique, quia inde patet, quod dictum Dominium Falckeneck diu post impetratum priuilegiū ad monasterium peruenit.

Priuilegia † autem ad futura non extendūtur, nisi id nominatim & expresse fiat. *Cyn. l. omnia. C. Ep. & Cler. Pan. c. cum capella. nu. 5. de priuileg.* vbi ad hoc multas illationes tradit. Adijcit Comes denique aliud fundamentum, quod Abbas sit confessus concurrentiam iurisdictionis in missiua, die Regierung im Obern Landtberg / verum quia parum ad rem, & Abbas simpliciter negat, subsisto.

Concludo, cum ex his omnibus constet, interlocutoriæ supra dictæ abunde satisfactum esse, & priores etiam RR. vnanimiter statuerunt, quatenus nihil obsint antedictæ transactiones, Comitum ius fore potius, etiam pro Comitibus esse pronunciandum bene iudicatum, male appellatum, producto illo vltimo Abbatis reiecto 106. signato cum expensis, quoniam culpabilis est Abbas. Tametsi autem ex iuribus Comitum adductis, super tota controuersia, maxime propter priuilegia antiquiora, immemorialem præscriptionem, & propter sententiam de Anno 1497. quæ in rem iudicatam abiuit & generalis est, referens se ad totum territorium & districtum comitatus, pronunciari possit: tamen sufficere putarē posse quo ad Langen vnnd Dittelbach / sententiæ verba, quatenus hoc patiantur, restringi. Saluo &c.

Votum Dn. Lopez Corref.

Quoad deuolutionem, quamuis sententia à qua, sit mere interlocutoria iuxta iura communia, & decisionem pleni senatus, per resolutionē dubiorū statibus exhibitorum, id definitū sit, in scriptis fieri debere cū insertione grauaminū. Hîc autē non solū viua voce, sed etiam in scriptis sit appellatū. Itē inhibitū iuxta diuersa instrumēta appellationis & inhibitionis, existimo hanc caussam ad Cameram deuolutam, maxime cum in dd. resolutionibus dubio-

dubiorum etiam additum sit, viua voce appellari † posse, quando magistratus ipse sese pro interesse suo intromittit. 24

Nullitates substantiales nullæ. Dies enim caussæ agendi in instãtia nõ est expressa. Id ideò factum, quod auocatio statim ad emanatam citationem sit facta prius quam petitum fuit. Sed nec illud nullitatem parit, quod in propria caussa iudicarunt, cum ordinarius se competẽtem citra nullitatis vitium declarare possit.

De actione. Tribus potissimũ dicitur caussis actor. Abbas putat, sibi ius auocandi & remittendi suos subditos per Landtgericht citatos competere.

Quoad præsentem caussam in pagis Flostat & Dittelbach, primum ex literis exemptionis vber die Herrschafft Rosenbach/de Anno 1432. Verbis mit Gerichts zwang vnnd bandt/maxime ppter priuilegium Friderici de anno 1442. vbi excipit Rosenbach. Et in specie Dittelbach ab omni Hofflandt vnnd frembden Gericht/ cum clausula annullatoria.

Deinde ex literis emptionis des Dorffs Flostat litera N. vbi hæc habentur verba mit Gerichts zwang vnndt Banden.

Tertio ex literis emptionis der Herrschafft Falckeneck/ litera M. quibus probatur monasterium pleno iure dominium dd. locorum mit Gerichts zwang vnnd banden nactum esse.

Quod autem Abbati competat Niedergericht/ dictorum pagorum, & sic ius primæ instantiæ in ciuilibus, expeditum est, ex causa reconuentionis fractæ pacis inter easdem, vbi aliquot exempla habentur, vbi ab Abbatis Vndergericht an sein Hoffgericht appellatum, & ex iure communi magistratui competit primæ instantiæ beneficium. Itaque suos auocare, quod idem etiam ex transactione Oddana & Steinbachensi in vicinis locis probatur.

Secunda caussa consistit in triplici priuilegio Ottonis, Wenceslai & Sigismundi Impp. vbi in posteriori priuilegio prohibetur, Abbatis & conuentus eigene Leutt & subditos vmb keinerley Sach willen in posterum verhoff Landt vnnd Gericht/ wie die genandt/ zu laden/ cum clausula annullatoria, nec quicquam præiudicaturum monasterio, siue in siue extra iudicicium fiat, cassando quatenus fiat, & insuper inhibendum, ne impediant sub mulcta 101. librarum auri, quibus accedunt confirmationes, Caroli, Ferdinandi & Maximil. 2. In quibus de nouo prohibetur in specie, ahn das Landtgericht zu Marin nit zufordern/ cum tali specificatione, quod satis intelligi possit, ipsos priuilegijs prioribus derogare voluisse.

Secundò accedit, quod c[illegible] Austriacum Wenceslai de A[illegible] nuaretur per Abbatem Marti[illegible] richt Marin addixerint, promi[illegible] reseruatione, sie wöllen dem gelei[illegible] lo des Landtgerichts. Cum itaque Abbas [illegible] & fuerit sub Terrapotenta, saltem ex eo capite remittere debebant.

Tertia caussa pura renunciatio Comitum vber die Herrschafft Rosenbach vnnd Dittelbach mit Gerichts zwang vnnd bande/ iuxta tenorem literarum litera F. quo faciunt etiam Verträg.

Ex his concludo, actores intẽtionem quoad ius auocandi probasse.

An Elisa.

IN Elisione tria considero, concursum priuilegiorum, præscriptionem, & rem iudicatam.

De Concursu priuilegiorum.

QVatenus priuilegia Comitis de Anno 1420. & Abbatis de Anno 1433. ab eodem Imper. Sigismundo perfecta sibi inuicem præiudicẽt propter vtrinq; adiectas clausulas derogatorias, patet inde, quod primum tempore sit prius 13. annis, secundum posterius ab Imperatore datum, & ad præsentem casum magis specificum & aptabile, in quo in specie eximuntur Sebaldenses subditi von allen Landtgerichten nullo excepto in verbis, wie die genandt sein/ ex certa scientia, & plenitudine potestatis. Quamuis itaque antiquiorĩ priuilegio † cum clausula derogatoria omnium priuilegiorum præsentium & futurorum, non possit alio priuilegio derogari, nisi prioris specialis fiat mentio. *c. Ceterum de rescript. c. nonnulli & ibi DD. maxime Fel. nu. 2. & 4. d. l. c. veniens præscript. Castr. cons. 358. vol. 1. poss.* Si in præiudicium tertij vergat. *Ias. l. fi. C. const. pec.* Si tamen † primum priuilegium sit generale, & secundum speciale, tunc secundum derogat primo. *c. 1. rescript. & ibi gl. & Panor. nu. 10. Canon c. dudum probandis. lib. 6.* Quod maxime verificatur in posterioribus confirmationibus, & nouis priuilegijs Ferdin. & Maxim. 2. vbi das Landtgericht zu Marin expressum est. Speciale namque derogatorium priuilegium derogat generali derogatorio, etiamsi sit clausum in corpore iuris. *d. c. 1. Refer. Franc. Mar. decis. 266.* per † reg. generi per speciem derogatur. Quæ regula etiam in priuilegijs obtinet. *d. c. 1 nu. 10.* idq; vsq; adeo verum est, vt solum priuilegium speciale cõtra primum generale valeat, etsi primi mẽtio † nõ sit facta, siue illud cõtineat ius cõmune, siue ꝙ vltra. *Fel. d. c. 1 n. 3. Refer.* Maxime si speciale nõ absorbeat generale in totũ, sed ei tantũ aliquid detrahat, pro- 25 26 27 28

prout nostro casu quoad Sebaldẽses subditos tantũ derogatur *Fel. d. c. 1. nu. 3.* Quo casu nõ op' est, mentionẽ primi fieri. Generale est enim Zopfense priuilegiũ, q̃a directũ ad totũ Landtgraffeschafft / Sebaldense vero speciale, quo ad subditos Sebaldẽses tantum, so in der Landtgraffschafft gesessen / cum præcepto de remittendo. Quomodo autem nostro casu secundũ Sigismundi priuilegium sit specialius ius, & magis derogatorium, est deductum p̃ Abbatẽ in posterioribus conclusionibus cum suis allegat. quo me refero. Absurdum enim esset, Alle Landtgericht in priuilegijs zubenehmen / Et q̃a posteriora noua priuilegia Ferdinandi, Maximiliani, expressam mentionẽ Der Herrschafft Falckeneck / vnd Rosenbach / auch das Landtgericht Marin faciunt, habent vim clausulæ derogatoriæ, ità vt generalis illa clausula hoc casu sufficiat. *Alex. cons. 187. nu. 19. & 22. vol. 2.* Etiamsi nullam aliam derogatoriam clausulã alias habet, sed tantum æquipollentem, quod sufficit ad tollendũ primum priuilegiũ quemadmodum & clausula † ex certa scientia priuilegijs posterioribus addita simpliciter vim derogatoriæ habet. *gl. l. fin. C. si cont. Ius vel. util. publ.* Idem iudicium est de plenitudine † potestatis clausula, habet enim vim derogatoriæ ad omnem legem contrariam. *Fel. c. nonnulli. nu. 8. Refer. Dec. cons. 390. nu. 13. & cons. 37. & cons. 398. nu. 27.* Huc facit, quod Sigismũdus in derogatoria clausula solum sibi & non posteris præiudicauit, Itẽ solus Comes sit in priuilegio expressus.

29

30

Nec obstat quod dictæ confirmationes lite pendente sint factę, quia vim declarationis habent, quia † qui declarat nihil noui dat, sed datum confirmat, ideò retrotrahitur ad tẽpus primæ concessionis *l. hæredes palam §. 1 Testam.* Deinde ex confirmationibus & nouis illis cõcessionib' satis de mente Impp. constat, q̃ expresse derogare voluerint Marino Landtgericht quod in vim cõditionis primo priuilegio dem Landtgericht data facere potuit in verbis vt ibi. Imperatori enim in eo præscribi nõ potuit. In priuilegijs † autem mens potissimum consideranda venit. c. *quando priuil. Rom. cons.*

31

32

Nec obstat priuilegiũ tertij, quia non totale, sed modicum maxime, cum in primo deß Landtgerichts priuilegio exceptum fuerit Ius auocandi. Neq; enim princeps sibi legem † imponere potuit, in secundo priuilegio derogatorio Comiti dato, à quo non liceat recedere, si velit *Fel. c. nonnulli. nu. 6.* Ita vt dictum priuilegiũ † reuocari possit, etiãsi sit remuneratorium, si per illud concedatur Iurisdictio Dd. *maximè. Fel. c. nouit. nu. 8. 9. & seqq. Iud.* Iurisdictio enim † ab Imperatore fluit & refluit, sicut aqua ex fonte. *Bal. c. 1. §. adhuc de pace Iurã firm. nu. 11* Et quamuis Dec. impugnare videatur, tamen alijs rationibus idẽ defendit, vt etiam in principe locum habeat, quia in exercitijs iurisdictionis nõ agitur de commodo pecuniario, ideoq; reuocatio facilius admittitur. *Bal. l. qui se pri. nu. 10. vers. hoc scias. C. vnde liberi* Nos tamẽ hoc magis versamur in terminis limitationis, quam reuocationis priuilegij. Præterea etsi hæc omnia non essent, tamen in priuilegio illo Comitis derogatorio de añо 20. derogaretur solum & cassarentur priuilegia, quæ sunt contra Comitis priuilegia, non autem ipsius Comitis priuilegia cassantur. Per concessionẽ enim secundi priuilegij noui, & eidem facti, nunquam censetur reuocatum prius. At Abbatis priuilegium non contrariatur Comitis priuilegio priori; virtute enim primi auocatio locum habet, & in secundo expresse id non prohibetur. Alias enim si alium intellectum habere deberet derogatorium, tunc etiã Terræpotentibus per Wenceslaum concessum esset derogatum, quod tamen non est: quia auocare adhuc hodie possunt. Alias etiam foret dicendum, primum ipsius Com. priuileg. in specie cõcernens Das Landtgericht esse cassatum.

33

34

35

Quæ dicta sunt de reuocatione priuilegiorum, maximè intelliguntur in proprijs subditis *prout dicit. Fel. c. nouit ille. nu. 10. Iudic.* Constituens regulam generalem, quod † priuilegium concessum subdito regulariter possit auocari. His adde quod in priuilegio Ruperti Regis vber das Landtgericht de anno 1401. habentur daß Zopfenses bey jhrem Landtgericht / vnnd derselben ordnung / bleiben sollen / biß auff vnsere Nachkommen / im Reich wiederruffen. nu. 45. Et in eo etiam differre secundũ à primo priuilegio Sigismundi, quod in secundo sint verba ex plenitudine potestatis. Item cassatio suorum & suorum antecessorũ. Tertio quod vt Imperator.

36

De Præscriptione.

NOn minor est facultas in Elisione præscriptionis, quæ immemorialis, & certorũ actuum ab anno &c. vsq; ad annũ &c. H. maximè cum de nullo effectuali auocatione Abbatis constet. Verum si testes de immemoriali deponentes collatione ad inuicem, & cum articulis facta, penitius introspiciantur, confuse de caussis delictorũ & ciuilibus deponere videtur, prout in specie in posteriori cõclusione Abb. deducitur.

Quoad actus in specie ab anno. 29. non sufficiunt ad præscriptionem, cum nõ sint de annis 40. Quib' accedit quod Comites & Landtgericht sciuerint priuilegium Abbatis, Itẽ tot interruptiones, auocationes, protestationes & appellationes diuersis temporibus sint factæ. Protestationem † autem faciens contra priuilegium, cui non intendit renunciare, protestatione illa iuuatur. *Rom. cons.*

37

251. Fel. c. cum accessissent. num. 30. vers. 8. limit const. Actus † enim voluntarij per protestationem possunt limitari. *Fel. d. loco per l. 2 Si quis caut.* Deinde etiam multi actus nō sunt sortiti effectum. Ideo renunciasse dici non potest. *Anton. in c. pastoralis vers. Sed est dubium de poss. & propriet.* Imò etiamsi contrarium † actum priuilegio fecisset, tamen propter protestationem non praeiudicasset sibi *Bar. l. 1. C. Qui sponte mun publ.* Idem iuris est in his, † quae habent tractum successiuum etiam sine protestatione. *Bart. l. fin. C. const. pec.* maximè si attendimus clausulam annullatiuam in priuilegio appositam. Ibi enim partium consensus nihil potest operari, quam doctrinam *in d. c cum accessissent*, vocat vulgarem, allegans ad hoc iura, maximè quando talis dispositio est confirmata. Tunc enim absque autoritate superioris † non potest tolli. *Fel. d. loco num. 9.*

Idem Iuris si in priuilegio sit Ecclesia decreti, vel alia prohibitiua, prout in terminis, Darumb gepietten wir, quia tunc neque per conuentionem, neque per praescriptionem amitti potest Archidiac. *c. cum de beneficio praebend. in 6.* allegans pulchrum exemplum, vt si Papa det Abbati alicui priuilegium, prohibendo ne beneficia monastica det Clericis secularibus, dato quod contra illud priuilegium longe fuerit factum, tamen illi derogatum non est; quia apparet de intentione principis, quam inferior abrogare non potest, quae sequitur & refert *Fel. d. c. cum accessissent, nu 30.*

Nec refert, quod de auocationibus ex parte Abbatis non constet, cum per ipsum non steterit, quo minus priuilegio vteretur, etiamsi 100 annis non fuerit vsus. Per † id enim non perdit priuilegium, cū non fuit in mora *gl. not. c. Abbate sanè & ibi Panorm. verb. sig. Ias. l. beneficium const. princip.* Hinc est, quod Abbas alleget ignorantiam contrariorum actuū, cum priuilegio non fiat praeiudicium, quia † singulares personae non possunt renunciare in praeiudicium corporis, nisi praecedat tractatus omnium, *Fel. c. cum accessissent. nu. 29.*

De Re Iudicata.

Res iudicata petitorio † non praeiudicat, qa super priuilegio, nec cognouerūt nec cognoscere voluerunt, sed eius cognitionē remiserunt. Praeterea illa sententia praeiudicat solum illis locis, quorum nomine auocatio est facta. Nec obstat concurrentia Iurisdictionis inter Vndergericht vnnd Landtgericht, quia ea verè probata non est, & si probata esset, tamen priuilegium praeiudicaret.

Ex his concludo intentionem actoris probatam, nec tamē in totū elisam, in petitorio potissimum propter priuilegia Ferdinādi & Maximiliani, quae nouū ius Abbatiis in specie tribuunt. Ideoque existimo adhuc manendum in terminis merè possessorij, donec plenè appareat, quid in reliquis causis appellationū, maximè quae circa ius auocationis versantur, sit faciendum. Et quia sententia à quo in mero possessorio est lata, nō repugno, quatenus fieri potest propter deductum petitorium in Cam. h. vt confirmetur, cōpensatis expensis, propter dubium eius petitorij, eoque casu existimo pronunciari posse in hunc modum, daß im vorigen Instantz wohl geurtheilt / Vbel dauon appellirt / vnd die Sache auff vorige Richter zu remittiren seye. Idque propter emanatam inhibitionem à Cam. per *c. Romana & c. corde appel in 6.* Cum hac tamen appendice & reseruatione, doch soll gedachtem Apt in seinen habenden Freyheiten in andere wege vnnd Fälle in petitorio vnschädtlich vnnd vnnachtheilich seyn. Saluo &c.

Votum D. Roßenkrantz.

Quoad procuratoria & nullitates cum RR. Quoad actionem competit officium iudicis in appellatione ad reformandā sententiam à quo. In priore instantia actum condictione ex noua L. *priuilegiorum*, cui principaliter nobis insistendū. Licet enim ex nouis causis liceat ius suum deducere in appellatione, conformes tamen articuli debent esse actioni prius intentatae. Vnde accessoria considero ea de emptionibus & renunciationibus, vber die Herrschafft Rosenbach & Falckeneck / adducta sunt. Et haec duo fundamenta Abbatis, tituli nimirum emptionis & renunciationis prius examinabo.

Repeto autem hic ea, quae in voto meo hac de re dixi in causa fractae pacis, inter easdem, vbi conclusi, nec per emptiones suas, nec per allegatum renunciationem Abbatem efficere posse, vt pagi, de quibus lis, eximantur à superioritate der Landtgraffschafft Marin. Neque enim generales illae renunciationes & translationes iurium vniuersali ordinariae Iurisdictioni derogant, quam Comites habent in d. districtu, vt patet ex priuilegijs Impp. Neque verba † illa Gerichtzwang vnnd bandt simpliciter prolata omnem iurisdictionem important, vt videre licet, per not. à Couarr. *pr. quaest. c. 1. num. 9. vsque ad f. Vasquill. quaest lib. 1. c. 3 num. 9. vsque ad f.* vbi illud aestimat ex circumstantijs, & iudicis arbitrio tandem committit. Wesemb. tum *cons. 95. à num. 18. vsque ad f. verbum* † mitt den Gerichten interpretatur de omnimoda iurisdictione, licet in alijs terminis. Ibi namque ex immemoriali praescriptione variorum actuum meri imperij, & sic à posteriori declarat verbum

verbum Gericht positum in den Lehenbrieffen: maximè quia nullus alius in exercitio aliorum actuum iurisdictionis fuerat: quod hic secus. Manifestum enim est, Comites in dicto districtu ab immemoriali tempore præcipua iura regalia, fiscalia, criminalia, & ciuilia quoque, suis casibus exercuisse, sicut in caussa fractæ pacis & hoc quoque abundè testibus & documentis probatur. Vnde vel ab initio non comprehenderunt generales illæ concessiones & renunciationes superiorem iurisdictionem, die Landtgericht/ vel & id quidem certo per contrarios actus immemorialis temporis tanquam per tacitam renunciationem inde recessum. 47 Etenim per 30 aut † ad summum 40. annos etiam contra Ecclesiam præscribitur *cap. si de terra & cap. accedentibus priuil. Et vtrobique Mar. Soc.* Et rectores Ecclesia- 48 rum,† negligendo seu tacendo præiudicant Ecclesiæ, permittendo præscriptionem currere contra Ecclesiam, præsertim quando per factum prelati reditur ad ius commune, vt hic, aut speciali iure exemptionis ad vniuersalem iurisdictionem territorij, & talis prælatus per negligentiam præiudicando Ecclesiæ tenetur ipse satisfacere Ecclesiç. *Soc. d. c. si de terra. numero. 4. 5. 6. 7.* Addo, quod in instrumento emptionis der Herrschafft Rosenbach vnnd dorffs Flostatt vidimato per Landtgericht Marin sine clausula reseruatoria pro Comitibus/ ahn jhren Freyheitten/ Herrlich. vnnd Obrigkeiten.

Concludo per has renunciationes, & emptiones, vel non probatam vel certè elisam intentionem Abbatis per præscriptionem & contrarios actus.

Quoad ius triplicis priuilegij, priuilegium Ottonis est impertinens. Continet enim solam fundationem & exemptionem monasterij S. Blasij, quo ad locum illum & conuentum illius, qui locus situs est extra Landtgraffschafft Marin/ vt patet in Concl. Schrifft à Comitibus exhibita. *numero 54.* in causa fractæ pacis inter easdem. No- 49 torium autem, quod exemptus † seu priuilegiatus ratione certæ rei vel loci, non dicitur exemptus ratione alterius rei seu loci. *cap. cum capella Ducis Burgun. & ibi Man. Socin. numero 1. & 2. priuil.* Et est priuilegium personale ad locum. *Socinus ibidem num. 5. & in consilio 111. numero 1. volumine 1.* Item 50 priuilegium † concessum monasterio cum capellis, non intelligitur, ad capellas postea quæsitas. *Socinus ibidem numero 1. & 2.* 51 *vbi dicit communem.* Item membra † monasterij empti non gaudent priuilegio exemptionis concesso monasterio. Est enim odiosum & restringendum tale priuilegium. *Socin. e. ex ore. num. 10. priuil.* Item priuilegium ordini † concessum non extenditur ad 52 colonos eius. *Socinus consilio 797. num. 6. vol. 2.* nec ad bona postea quæsita. *Item cons. 268. num. 4. vol. eod.* Cõcludo in terminis nihil probare priuilegium Ottonis.

De priuilegio Wenceslai idem iudicium. Etenim vix intelligere possum, qua ratione generale priuilegium exemptionis Terræpotentis Abbati prodesse debeat, quam pro statu Imperij vnanimiter in caussa fractæ pacis habuimus, multo minus extendi debeat ad Landtgraffschafft Marin. Nec hic obstat, quod in vidimatione dicti priuilegij iudicis in Marin pronunciarunt, Abbati liberum esse in omnibus causis, & apud omnes iudices seculares & spirituales priuilegio eo vti. Id enim restringendum est ad petitionem Abbatis ibidem. Expresse enim petit declarari à Landtgericht / ob er sich solcher Freyheit gebrauchen möge an allen Orten. Et sic transeo cum hoc priuilegio.

De priuilegio Sigismundi omnium maximè pro Abbate videtur facere de anno 1413. quia expresse eximit die Herrschafft Rosenbach / quam vno anno ante emerat Abbas. De hac igitur exemptione videndum I. An libera facultas fuerit Sigismundi eximendi d. Herrschafft à districtu der Landtgraffschafft Marin. 2. An per generalem exemptionem contineatur etiam das Landtgericht Marin. Quo ad 1. facultas Imp. reseruata fuit in priuilegio, de anno 1401. reuocandi das Landtgericht/, & in priuilegio de anno 1415. facultas reseruata concedendi auocationes vel ius auocandi. Sed ab hac facultate expresse receditur in priuilegio Sigismundi Comitibus dato de anno 1420. in quo cassantur & enullantur omnia priuilegia derogantia priuilegijs Comitum, & in specie dem Landtgericht/ si dixisset, se annullare priuilegia futura vel præsentia cõcedenda contra priuilegia Comitis, nihil obstitisset in dem Casu, quia priuilegia, Ruperti & eiusdem Sigismundi de anno 1401. & 1415. cum suis clausulis, de reuocando priuilegio, & de deferendo literis auocatorijs, mansissent integræ, sicut relatum in suo Referente. Iam vero, quia in specie annullat ex plenitudine potestatis sua priuilegia concedenda contra Landtgericht/ aperte iudicat, se vel reuocare vel derogare imposterum d. Landtgericht nullo modo intendere. Cassat enim futura priuilegia in allen jhren stücken die dem Landtgericht schaden mögen. Sic puto

eundem saltem Sigismundum vel non potuisse, vel certe voluisse in posteriori priuilegio Abbati concesso derogare aliquid dem Landtgericht Marin. Vnde consequenter quæritur ad secund. m quæstionem, an per generalem exemptionem der Herrschafft Rosenbach von allem Hoff vnnd Landtgericht/ cōtineatur etiam das Landtgericht Marin/ patet ex præmissis iam modo mentem Imperatoris non fuisse detrahere aliquid dem Landtgericht zu Marin. Nec enim exemptio illa der Herrschafft Rosenbach specialiter se habet ad Comitis priuilegium, seu ad Landtgericht/ sed est generale respectu omnium iudiciorum. Generale † vero priuilegium non trahitur ad species, in quibus diuersa ratio est, vel de quibus non videtur verisimiliter cogitasse princeps, vt hoc propter præcedentem dispositionem de non derogando dem Landtgericht imo cassando omnia in contrarium facientia. Longe alia ratio est, quando aliorum Hoff vnd Landgericht. Vnde iura quæ tractat Felinus *capite primo.* Rescr. magis pro Comite hoc loco faciunt, stante regula, quam ibi ponit, quod secunda † dispositio contraria primo priuilegio non derogat ei, nisi facta eius mentione: & limitatio primæ eius regulæ ibidem posita, quod speciale secundum simpliciter derogat primo generali, hic locum non habet, quia non exprimitur das Landtgericht Marin in d. priuilegio Sigismundi Abbati concesso: nec est aptum generalibus verbis cōprehend. propter præcedentem specialem derogatoriam & cassatiuam in contrarium, contra quam non videtur vnus & idem princeps per generalia hæc verba voluisse aliquid statuere. Et sufficit de iure generali priuilegium exemptionis verificari in multis, sicut hic in alijs Hoff vnd Landtgericht.

53 54

Nec opus est in omnibus speciebus verificari. *text. capite primo. ff. nunquid priuil. in 6. Socinus consilio 110 numero 2. volumine 1.* Præsertim in nostro casu, vbi multæ singulares rationes sunt deß Landtgerichts Marin/ quæ in alijs forte Hoffgericht vnnd Landtgericht non sunt, vt hic singularis districtus der Landtgraffschafft Marin cum alijs iuribus & subiectionibus & propter d. clausulam specialem imitantem.

Item, quia Comes iam tum habebat Ius in in re, cum Abbas tantum ius generale exemptionis haberet, cuius nec tum postea in vsu fuit.

Præterea in facto diligenter notatur, quod Ditterbach tum temporis nondum fuit pertinentia der Herrschafft Rosenbach/ sicut nec exprimitur im Kauffbrieff/ de āno 143[?] nec in priuilegio Sigismundi 1433. sed longo post tempore Anno 1448. Wilhelm von Stammich vendidit illum pagum Maximilian von der Burgk. Et eodem anno idem von der Burgk mit der Herrschafft Rosenbach vendidit Abbati, & etiam medio illo tempore, quo von der Burgk impetrauit priuilegiū exemptionis vber die Herrschafft Rosenbach Anno 1442. nondum possidebat Ditterbach/ sed, vt dixi, demum Anno 1448. Vnde validissime stringunt Iura, quæ volunt, quod † extensio priuilegij, de loco ad locum fieri non debeat. *capite commissum de decimis*, vbi notat quod res perueniens ad priuilegiatum non mutat naturā suam. Et quoad Falckeneck idem dominium cum pago Flostatt/ ad Abbatem peruenit demum Anno 1480. & sic 47. annis post priuilegium Sigismundi, & eo loco est expressa reseruatio pro superioritate Comitis in fertigungs Brieff eodem anno von dem Landtgericht geschehen.

55

Concludo actionem, quatenus se fundat in priuilegio Sigismundi vel etiam Friderici III. non esse probatam.

Quoad posteriora priuilegia, partim sunt confirmatoria vel † innouantia, vt ea, quæ ante litem data fuerunt, & nouum ius non tribuunt. *capite secundo confirm. Abbas. capite ex tenore priuileg.* vbi dicit hoc verum, etiamsi fiat ab eo, qui habet ius de nouo concedendi. Partim de nouo & specifice quidem eximunt ditionē Abbat. à Landtgericht Marin/ & ea sunt impetrata lite pendente. Vnde puto ex vitio subreptionis non valere.

56

Et licet subreptio ob difficilem probationem doli forte hoc casu probari non possit, tamen saltem ex † defectu intentionis principis concedentis, quatenus litis pendentiæ & Rei inter partes de eodem iure iudicatę mentionem non faciunt, per ea quæ notat *Felinus & Abbas capite super literis rescind.* vbi ponunt regulam generalem de exprimendis ijs, quæ principem mouere possent ad concedendum vel non concedendum vel difficilius concedendum, quam declarat ibi Felinus *p. 10.* alias speciales regulas in sexta & septima regula speciali ibidem ponit de exprimenda litis pendentia & re iudicata. *Ripa capite primo. Rescript. numero septua*gesimo

57

gesimo octano cum sequentibus de ampliando d. regulam de exprimenda scilicet re iudicata, etiamsi priuilegium veniat consecutiue ad aliud, adde text. *exposita arbitr. Abbas ibidem numero 4. fac. à fin text. capite multiplici decimis*, qui loquitur de transactione, inprimis vero *C. postulasti de Rescript. verb deleui*, nô scribimus, vbi not vulgo, quod tacito eo, quo expresso non ita facile princeps dedisset literas, facit subreptitium. *Abbas ibidem numero 1. notat* quod subreptio † vitiat, etiamsi causa sit impulsiua nedum inductiua, *ex lege finali. Item* Abbas *c. caeterum rescript. numero 3.* vult, quod facienda sit mentio de 7. notabili clausula prioris rescripti. Quæ autem sit clausula notabilis, relinquitur iudicis arbitrio de subreptione cognoscentis. Ego in nostra caussa pendente pondero, clausulam irritantem datam Comiti de anno 1420, & clausulam sententiæ in rem iudicatam transactæ de anno 1498. ibi vnnd sollen hinfüro & sing. *not. l. f. C. precibus Imp.* quæ vult, quod debet fieri mentio de illa clausula, super qua principaliter disputatur. Quod est notandum ad infringenda rescripta, vt dicit additio ad Abb. *in d. c. Caeterum.*

58

59

Vnde non est opus, vt hic disputemus de potentia Imperatoris an de nouo possit adimere &c. cum hic obstet defectus obtentionis principis, qui non videtur per sententiam res vel alio modo compositas velle suscitare *d. c. exposita & d. c. ex multiplice de decimis.*

Et cùm Abbas noster à limine iudicij repellendus veniat, quia tale rescriptum meruit contra rem iudicatam vel sententiam adiudicatam, quam prouocatio nulla suspendit. *textus leg. vltim. C. Sent. rescind. non poss.*

Non video quomodo defendi possit clausula reseruatoria super petitorio Abbatis. Adde Egid. Bellaim. *decis. ducentesima quadragesima nona.* vbi decidit, quod eo casu, quo impetratio † lite pendente facta tollit ius alterius, non valet, sicut contra quoties alteri parti nihil præiudicatur nec in petitorio, nec in possessorio non nocet tacuisse litis pendentiam, quam decisionem laudat & sequitur Felinus *capite primo. columna vndecima Resc.* Imo etiam † gratia præiudicialis lite pendente impetrata, non operatur, etiamsi is contra quem non habeat ius, si modo fiat præiudicium in sola possessione. *Bellam. d. decis. Affl. decis. 220. numero 13. cum sequente.*

60

61

An vero litis pendentiâ tacitam saluet hæc clausula ex motu proprio disputat Gabriel *libro secundo, Comm. conclu. t. 4. de iudicijs, numero nono* pro illis, qui dicunt clausulam motu proprio non saluare tacitam litis pendentiam facit ratio, quod proprius motus solum excludit subreptionem, nô autem gratiam, contra intentionem concedentis. *Abb. c. nonnulli rescript. nu. 10.*

62

Non obstant, quæ communiter disputant † vtrum priuilegium lite pendente impetratum valeat, lite finita vel in futurum. Quod præter alios Abbas late tractat *c. f. vt lit. pend.* vbi licet teneat priuilegium valere lite finita, tamen hoc ipsum restringit, si pro impetrante feratur sententia, vel si absolueretur ab instantia, & inchoäretur nouum iudicium, in quibus casibus etiam expresse loquitur. Innoc. *d. c. f.* Quod si contra impetrantem fertur † sententia, hunc casum difficilem Abbas dicit, distinguit tamen *numero 10* vtrum sententia pro altera parte ferenda fundatur in iure communi, an vero in iure speciali partis.

63

64

Si de iure communi, sententia est ferenda pro altera parte, contra quem impetratum fuit priuilegium, ibi ad futuram litem vel lite finita valet priuilegium, etsi non fiat mentio iuris communis. Quod si ex speciali iure, vtputa possessionis, tamen nô præiudicat priuilegium lite pendente impetratum, etiam lite finita, nisi expressa eius foret mentio.

Qualis autem mentio in nouissimo priuilegio fiat, de iure Comitis, patet dum dicitur turbasse Abbat. q̃ sane nô simpli. ẽ sed dolosam subreptionẽ importat, quod is narratur de facto turbasse, qui antiquioribus priuilegijs, præscriptione immemoriali, pluribus rebus iudicatis, & contra auocationem Abbatis. Item expressa confessione Abbatis in processu de anno 1498 fundatus in notorio districtu suo, (vbi non simpliciter iurisdictionis exercitium, sed & alia summa iura habet) se in sua defendit possessione.

Concludo cum R. simpliciter, ita vt non sit facienda mentio clausulæ reseruatoriæ, cum nullum inter Doctores reperetim, qui hoc casu in priuilegio lite pendente ex impetrato expresse reseruandum dicat, sed simpliciter docent, litem pendentem ita decidendam, quasi non visis nouis priuilegijs. *Fel. d. c. 1. Reser. col. 11. Abb. d. c. f. in pr.* De expensis tamen non multum côtendo, quin compensentur propter hanc intricatam priuilegiorum quæstionem, tandem 23. Septembris condemnauit Abbatem in expensas.

Votum D. Eisenhart.

Quo ad procuratoria & nullitates cum

F 3 D. Ref.

D. Ref. Quo ad actiones vtriusque instantiæ cum D. Rosenkrantz. Condictio ex noua lege ab Abbate intentata videtur probata per priuilegium Sigismundi Imperatoris de anno 1433.

Verum, quia pro sua defensione rei etiam allegant eiusdem Imperatoris priuilegium de anno 1420. ita vt sit aliqualis concursus priuilegiorum, si penitus examinetur mens Imperatoris, quæ hic maxime considerandа est, puto rectius & verius posse dici, Abbatem per priuilegium suum nil probare, & sic eius intentionem non probatam, vt patebit ex tenore priuilegiorum, & clausulis ijsdem insertis.

Nam Abbatis priuilegium nullam facit specificam mentionem exemptionis Abbatis Landtgericht Marin, vicissim vero Comitum priuilegium de anno 1420. expresse disponit, annullat, cassat, & irritat omnia priuilegia, die dem Landtgericht schaden bringen möchten. Et quidem, quod ad clausulas attinet, habent ferè ambo priuilegia clausulas easdem illas generales ex certa scientia decreti ex plena potestate: in eo tamen prægnantissimam habet clausulam Comitis priuilegium, quod dicitur illius heredibus ob bene merita concessum quod diligenter considerandum puto. Quia ex hac sola clausula de voluntate, intentione & potestate Imperatoris arguere licet. Nam hinc fit, † vt tale priuilegium transeat in vim contractus. *Bald. l. qui se principis, vers. ex hoc scies. C. vnde liberi, pro quo etiam text. l. Titius puerum obs. q. libert.* vnde reficitur irreuocabilis.

65

Quia princeps in contractibus vtitur iure † communi *Bald. l. ex imperfecto. C. testam.* & efficaciter obligatur *capite primo & & ibi Abbas probat Cyn. l. digna vox. versu vltimo scias C. L. L.* In tantum, quod etiam de plenitudine potestatis non possit contrauenire, *Castr. d. l. digna vox.*

66

Nec suffragatur respondere, hæc procedere, quando princeps vere cõtraxisset, † secus quando subdito aliquod priuilegium concessisset, quia illud potest reuocari. *Gabriel de Iur. quæsito non toll. concl. 7.* Et quod † priuilegium etiam remuneratorium posset reuocari ex caussa *Gabriel d. loco numero 2.*

67

68

Et † quod in principe præsumatur iustitia causæ, cum sola eius voluntas habeatur pro caussa *gl. l. regulari Panorm.* in tantũ quod non admittatur probatio in contrarium. *Cyn. l rescripta, & l. fin. C. Si contra ius. &c.* Nam respondetur hoc procedere, vbi princeps aliquid statuisset, generaliter, vel particulariter motu proprio, secus vbi ad alterius postulationem, quia tunc præsumitur magis ad importunitatem postulantis concessisse, quam ex aliqua iusta caussa *l. 1. C. petit. bon. publ. lib. 10. Ias. l. Si testam. C. testamentum.* Et patet ex tenore priuilegiorum ad postulationem Abbatis esse concessum.

69

Posset etiam responderi supra dicta procedere, quando princeps rescribit contra ea, quæ sunt iuris ciuilis, secus si contra ea, quæ sunt iuris gentium: Contra quæ non potest libere actum facere, & ideo requiritur eo casu, quod caussam exprimat, & quod sit iusta. Ita tenet Ias. *d. l. si testament.* Et ideo si princeps obligatus est ex contractu, & sic de iuregentiũ & rescribit contra talem contractum, non præsumeretur iusta causa, si in eo non esset expressa: aliàs facile posset infringere omnem contractum cum eo initum contra text. *c. 1. probat. Panor. c. quæ in Ecclesiarum constit.*

Et sic cum priuilegium Comitum ob bene merita concessum transiuerit in contractum, dicitur ipsis ius quæsitum de iure gentium. *Canon. c. nouit. de Iudic.* Quamuis etiam dici possit, priuilegium non subdito concessum transire in contractum, *per Gabriel. d. loco nu. 11.* Comites enim nõ sunt vel ꝓprie dici nõ possunt subditi Imperatoris, cum sint Comites Imperii, neque sane mens Imperatoris fuisse præsumitur voluisse præiudicare comitibus per hoc priuilegium: quandoquidem omnia priuilegia † rescripta Papæ et Impp. intelligantur sine præiudicio Iuris cuiuscunque *l. nec auus C. emana. liber. l. cum filius famil. test. milit. l. ex facto ibi Bald. vulg. & pupil.*

70

Præterea † verba posita in rescripto Imp. debent esse conformia æquitati & iuri, licet verba ista non patiantur, *gl. c. paratus verb. si verb. 23. q. 1. Iason d. l. ex facto.* Iam vero æquitas non patitur, vt per contrariũ priuilegiũ generale auferatur alicui ius suum quæsitum & sua possessione vel quasi spolietur, quod nec Imperatores voluisse vel potuisse in præiudicium Imperij, weil es ein frey Landtgericht deß Reichs ist/ verisimile est & Comes sit etiam inuestitus ab Imperatoribus omnibus. Vnde non præsumitur Imperator feudum Comiti voluisse diminuere, quia hoc non potest sine caussa, cum in feudo sit contractus formatus inter principem & vasallum.

71

Ex his concludo, per hæc & à D. R & Rosenkrantz allegata, per posterius priuilegium Imperatoris nullo modo posse, nec potuisse præiudicare primo, & quod merito comes sit præferendus.

Reliqua priuilegia Ottonis & Wenceslai non attendo & ita concludo, actorem nihil

nihil probasse, ideoque reum absoluendum.

Clausulam reseruatoriam non annecto. Nam licet confirmationes priuilegiorum Ferdinandi & Maximiliani habent clausulam, quo exprimitur Abbas, & eius subditi tantum, quia rescripta illa impetrata † sunt lite pendente, de quo Felinus *capite super literis Rescript. numero 8. & ibi gloss. verbo literas dedissemus* nec etiam rei iudicatæ facta sit mentio. *arg. c. inter dilectos fide instrum. & ibi Molin. in addit.*

72

Cum itaque in his posterioribus confirmationibus neque litis pendentiæ neque rei iudicatæ fiat mentio, sicut fieri debebat, non caret suspicione illa per subreptionem impetrata. Iam cum † subreptio dolum præsumat, absurdum esset, quod ille impetrans ex dolo suo commodum impetraret. *l. ne ex dolo.*

73

Concludo itaque Abbatem similem fuisse infirmo, qui chirurgo vulnus tegere noluit, & ob id mortuus est. Debuisset enim Imperatori omnia vulnera detegere, id est, omnia obstantia impetrationi, ita quod appareт de voluntate Imperatoris eum intellexisse rem omnem clare & specifice, aliâs † enim rescribens non intelligitur dispensasse, sicut medicus non prouidet infirmitati quam tuetur *ita arguit. Bald. cons. 24. longum thema libro 3.* cumque à limine iudicij non modo repellendum, sed etiam illi nihil reseruandum cum Expensis. Saluo. &c.

74

D. Helfferich.

QVod ad deuolutionem censeo cum D.R. caussam non desertam, sed deuolutam.

Primum dici potest, intentionem Abbatis ex priuilegio Sigismundi generaliter, ex nouissimis autem & specialiter videri probatam propter intricatas dd. disputationes, quatenus priuilegia etiam lite pendente impetrata ad decisionem eiusdem sint trahenda. *Gabriel late lib. 2. concl. 4. Iudic.* maxime in † materia iurisdictionali, in qua Imperator omnẽ potestatem conferendi habet. *Fel. c. nouit ille. nu. 8. 9. Iudicijs.*

75

De Elisione videndum.

PRimo an satisfactum Interlocutoriæ Cam. Anno 62. 21. August. Et quo ad pagos Dittelbach & Flostatt abunde satisfactum puto, ita vt per priuilegium Sigismundi intentio Abbatis re vera probata non sit, vel quatenus ex generalissimis verbis pro probata habebitur, elisa per factum & iura à Dominis R R. Rosenkrantz adducta de non extendendis priuilegijs ad postea quæsita, & hactenus etiam habemus consentientes antecessores nostros, autores sententiæ de anno 62. quos tamen mirum est vllam fecisse mentionem priuilegij Sigismundi. Cum illud, vt ex actis patet, nullum sortitum fuerit effectum, contra Comitis Landtgericht/ imo ne sortiri quidem potuit de iure propter secundum Comitis priuilegium a Sigismundo datum, quod est speciale Landtgericht. Abbatis vero generale, quod etiam in actum deductum est contra iudicium Rochense & Haussense, & Bergense, sed probatoria omnia dictam interlocutoriam subsecuta sunt, vt ex prodocollo patet.

Nouissima priuilegia Caroli V. Ferd. Max. ab anno 53. & deinceps appellatione hac pendente obtenta, & anno 68. Iudicialiter producta restant excutienda. Et quoad dd. priuilegiorum clausulas. &c. reuoco vota dominorum ante me, & cum ijsdem concludo, eas non esse tanti ponderis, vt priuilegia ista ad præsentis caussæ decisionem, trahi possint, vel etiam formulæ sententiæ per modum annecti.

Iuris † concessionem alteri præiudicialem lite pendente obtentam nihil operari, etiamsi motu proprio. *Gabriel. d. conclus. 4. ampl. 5 num. 20.*

76

Et licet hoc casu plures contrarium sentire videantur, tamen eorum opinionem ad rem præsentem, quam ex professo tractant, restringendam puto, *gl. Bald. Ang. Castr. hoc tractant ad d. l. si quis & leg. d. sequenti. Si quis cautionem*, quæ loquitur de priuilegio fori, seu rescripto ad lites pendente lite impetrato, vel vltro & motu ꝓprio oblato. *Et Bar. l. 1. nu. 3.* fraudem omnem excludit, & loquitur detracto Cleri tantum lite pendente à superiore. Rom. super veritate illius opinionis se non resoluit. *cons. 327. num. 11.* Solus Brunus *cons. 21.* communem quidem dicit, sed admodum dilute.

Omnes autem se fundant *in d. leg. si quis* Vnde secundum eandem sunt intelligendi. Inter rescripta autem † iustitiæ & priuilegia gratiæ plurimum interest, facilius illa, quam ista conceduntur & adimuntur. *Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 3. casu 201. & 202.*

77

Dato autem secundam opinionem intelligendam de priuilegijs generaliter, tamen clausula motus proprij & æquipollentes, Abbatem iuuare non possunt, quod ijsdem etiam Comes sit adstrictus, ita vt remota suspicione subreptionis non temere præsumendum vel statuendum sit, Imp. ꝑ generales eiusmodi clausulas speciali comitis priuilegio super Landtgericht ob seruitia, & bene merita, vt narratur, cócesso vsu, & possessione longissima rebus etiam iudicatis, & inuestituris feudalib⁹, ita roborato & firmato, vt cessante omni priuilegio & alio titulo sola ꝑscriptio,

& res iudicata, per se sola, Comiti nõ tantum contra Abatem, sed etiam Imperatorem ipsum sufficere videantur.

De Imperatore tamen non disputo. Definit enim Abbas in probatione voluntatis, nec ea ex generalib⁹ clausulis elici potest. Nulla facta mentio specialis priuilegij antiquioris ijsdem clausulis vallati, facta litis pẽdentia suppressum Ius tertio irreuocabiliter acquisitum, propter transitionem in contractum propter decursam immemorialem præscriptionem nullatenus interruptam, sed magis confirmatam per res iudicatas & absurdas appellationes, quæ tamen omnia & singula narrada fuissent ad euitandam obreptionem, quibus addo Menoch. latiss. *d. casu 201. numero 27. & seqq. vbi allegat Felin. capite super literis, numero 2.*

Tertij generis qualitates moueri potuissent hic, agi de diminutione Iuriũ Imperij, nõ narratũ scilicet esse litem pendere, nõ de simplici aliqua iurisdictione, nudo & mero priuilegio fundata, sed de iurisdictione, quæ cum Imperio sit connexa, quæ omnia postea Comiti in feudum assignata sunt, & ita ab immemoriali tempore hucusque quiete possedit & vsurpauit, vel in actum deduxit contra Abbat. subditos, etiam ad instantiam officialium eiusdem, quod ignorare non potuit Abbas propter actuum frequentiam & notorietatem litis sumtus proculdubio subministrante ipso Abbate, quæ scientiam & notitiam arguunt. *Cap. decis. septuagesima sexta, numero 11.*

Et hæc omnia cum talia sint, vt substantiam ipsam Comitis, titulum scilicet & possessionem concernant, & cum qualitatibus primi generis concurrant, multum sane mouissent Imp. si fuissent expressa.

Me sane arbitrari cogunt priuilegia nouissima ob reticentiam, horum multifariam esse subreptitia.

In priuilegijs seu rescriptis beneficialibus secundum quosdam paucorum mensium, secundum Felinum & alios vnius anni possessionis facienda mentio est omnino: hic ferè sequi seculũ omissum est. Insuper non exprimenda & narranda, non tantum suppressa & tacita sunt, sed insuper etiam suggesta falsitas in eo, quod narrauit Abbas, se turbari, cum vt supra dictum, nunquam possederit, vel ius aliquod ad rem, & si habuisset dudum amiserit, & impertinenter decideretur per illa verba, expressam esse factam mentionem Iurium Comitis, cum per contumeliam ad diffamationem Comitis, iustæque ipsius possessionis suggillationem narrata sunt, nec magis Comiti nocere possunt vel debent, quam clausula rescriptis gratiarum vel beneficiorum inseri solita, remoto quolibet iniuste detentore *Menoch. d. loco. c. vbi supra.* Et tamen hoc ipsum si non pro finali, saltem pro impulsiua caussa concessionis in nouissimis priuilegijs exprimitur. Subreptio autem commissa in causa finali omnino vitiat.

De impulsiua † quidam dubitant, sed magis recepta opinio est viciare, quam communem testatur. *Couar. libro primo var. resol. capite vltimo in pr. Menoch. vbi supra numero 25* vterq; autem arbitrio iudicis relinquit. Ego pro finali habeo, cum nulla alia exprimatur, & vt finalis forte non sit, tamen propter circumstatias supra dictas, etiam mere impulsiuam viciare arbitror.

Accedit, quod non simpliciter versamur hic in generali edicto, ne lite pendente, sed in magis speciali, ne appellatione pendent. Et quamuis propter interpositam appellationem parum inter hæc interesse videatur *vt per Bellam. mihi, decis. 748. in pr.* tamen, vt supra dixi, de iure communi deserta esset appellatio, & omnis supplicatio, tanquam lite finita, in totum prohibita, idque sub infamiæ comminatione *d. l. f. C. pend. lit. & ibi dd.* & vt deserta non sit, de quatuor tantum cõcernentibus supplicare liceret, de quibus dd. ibidem præsertim Bald. & Vitalis in clausula *nihil innouari lite pendente.*

Posito autem ex consuetudine huius iudicij, definitiuam esse, & per appellationem legitimam litem in Camera pendere, attamen putarem, supplicationes † vltra vel post biennium à Iure concessum oblatas, & rescripta ad easdem impetrata non attendenda *per auth. præsupplico. C. prec. Imp. offer. l. 1. C. sent. def. præter Bald. l. 2. nu. 5. C. vt lit. pend. &c.* 29

Et ponderandum puto, cum istud in rescriptis ad lites tam seuere sit prohibitum, indubitatum esse debere, Abbatem nostrum toto triennio post introductam appellationem, noua priuilegia super meritis causæ, cum ijsdem subreptitijs, nullatenus esse audiendum, prout in auth. *in medio litis. Vitalis num. 4.* Nec iuuare poterit. auth. *Abbatem* in consistorio principis locum habere. Respondeo dupliciter. Primo propter multitudinem earum iure singulari hoc statutum, vt absque damno & mora lis pendens maneat intacta, *auth. sed & ius c. temp. appel.* ad reliqua omnia ius commune saluum maneat, nec plura singularia cumulentur sine expresso textu. Secundum extra fatale supplicantium esse super meritis causæ, quod non licet, vt dixi.

Non releuat etiam Abbatem, nos versari

sarii in materia Iurisdictionali, vbi Imperator plenissimam habet potestatem. Hoc enim indistincte verum est, vt videri poterit apud Dec. *capite nonit ille Iudic.* Non enim amplius versamur in terminis 1 & 2. priuilegij Comitis, sed 3. de anno 1430. per quod anteriora in vim contractus transierunt propter specialem remunerationem, corroboratam inuestituris feudalibus, longa præscriptione, & re indicata. Et licet de voluntate derogandi constaret, potestatis quæstio superesset tractanda, prout in simili factum in caussa Hattgaw contra Hanaw/ & pro negatiua sententiatum.

Concludo per supra dd.t. maxime per allegatam doctrinam. *Pan. cap fin. vt lite pend. Belliem. d. decis 748. Cap. d. decis 76. quibus addi poterit. Paris. cons. 30. per tot. lib. 4.*

Concludo itaq; sententiam à qua confirmandam & Abbatem condemnandum in expensas, vt qui intentionem suam non probarit. Equidem quo ad loca controuersa huius litis, & vbi generaliter pbauit per priuilegij verba Sigismundi, in cuius tamen possessionem nunquam venit sufficientissime. Ita elisa est, vt nihil iuris eum vnquam habuisse; sed inutilibus expensis Comitis appellatione penè friuola diuexisse constet.

Nouissima vero priuilegia communi omnium sententia ad hanc litem nullatenus trahenda sunt: & iniquum foret propter illa Abbatem excusare ab expensis, & Comiti auferre ius antea plenissime irreuocabiliter quæsitum. *Cap. d. decis. numero decimo octauo & decimo nono.*

Superest de reseruationis appendice, & puto illam omittendam, secundum communem opinionem relatam per Abbatem *d. c. f. vt lit. pend. Cap. cap. ibid. numero vigesimo primo in f.* nec sumus in casu limitato, *Abbat. Panorm.* Imo etiam ille in perpetuum facit cessare priuilegia nouissima, cum in illis nulla facta sit mentio Iuris Comitis, quod Panor. licet solus requirere videtur.

Denique loqui videtur ille de casu vel Iure ordinario, communi vel generali, alicui competenti, nos de speciali iure Comitis per priuilegium tractamus, quo casu etiam ipse Panorm. putat priuilegiũ in futurum non valere. Cassanda tamen & reuocanda dicta priuilegia nouissima, tanquam attentata non arbitror, tum quod ipso iure cassa, nulla irrita† sint ob vitium subreptionis. *Menoch. d. loc.* tum etiam quod Imperator proprie †non dicitur attentare. *Bellam. d. decis. 748. in f.* Saluo &c.

80 81

D. Ritter.

Ratione deuolutionis & actionis sentio cum Doctorib' ante me, videlicet, si appellationem inspiciamus actum officio iudicis, in hoc nostro officio ex *l. 1. Appel.* nimirum vt reformetur sententia in melius. Si vero priorem instantiam consideremus, quin conditio ex noua lege priuilegij locum habeat, puto controuersia carere. Placet etiam, sententiam à qua confirmandam esse ex rationibus ante à me alleg.

Verum an priuilegium Abbatis per ea, quæ ab Appellatis allegata, & in votis dominorum deducta sunt, quoad præteritos actus amissum, & futuros in totum sublatum sit principaliter in controuersiam venit. Certum autem est, priuilegia †amitti per actus 82 contrarios. *Hier. Gratus resp. 61. num. 45. vol.* quod tamen ita temperandum, vt procedat in factis præteritis, non autem futuris, quibus non ita facile præiudicatur, cum effectus priuilegij recipiat reiterationem actuum futurorum, & sic priuilegio, vt in totum aboleatur, non nisi 40. annorum spacio præscribitur. Iam etsi ex actis nostris, maxime ex dictis testiũ euincatur contrarios quosdam actus p Comitem in locis controuersis celebratos, in quibus Abbas iure suo vel priuilegio auocando suos vsus non sit, tamen ex ijs, quæ quidem in hanc præsentem relationem venerunt, non puto tam ab omni parte absolute verum esse, vt Abbatis priuilegio 40. annis præscriptum non sit Nam vt nil dicam de Ottonis & Wenceslai priuilegijs, quæ & apud me non multũ ponderis habent, tamẽ quando ad calculum reuoco, quæ subsecuta sunt, Sigismundi, Friderici. III. Maxim. I. Carol. V. Ferdin. Maxim. II. quæ continuatum habent tempus, sane ex horum tenore & insinuatione eorundem mihi satis liquere existimo præscriptionem allegatam contra Abbatis ista priuilegia, nondum plenissime probatam vel euictam esse.

Neque etiam dici potest, hæc priuilegia nihil noui, sed priorum tantum confirmationes continere, quia aperte in priuilegio Ferdi. dicitur confirmirt/ bestetigt vnd von newem verglichen. Proinde etsi cõcedendum esset, tamẽ hoc locum nõ haberet in subsequentibus priuilegijs, Frid. 3. Max. 1. Carol. 5. Ferdin. & Maxim. 2. vt scilicet possint dici omissa p præscriptionem requisiti temporis, cum nondum ab eorum concessione quatuor anni cõtinui effluxerint, maxime cum hæc priuilegia 27. Octob. Anno 59. in Cam. (Saluo tamẽ Iure tertij) confirmata sunt per sententiam, & decreti interpositionem.

Quia itaq; non est lis nostra principalis, cuius valoris & effectus sint vel esse debeat hæc

nous

noua priuilegia, sed an bene vel male iudicatũ, in huius quæstionis terminis tantisper manendum, donec Comes noua aliqua ratione & processu, nouiter obtenta priuilegia impugnet, præsertim cum ex actis videar mihi colligere, desuper nullam actionem institutam; Sic puto extra petita non esse nobis progrediendum. Arbitror autem, parum nouis priuilegijs nocere, quod lite pendente & sic sub & obreptitiè videatur impetrata. Primò, quia constat aperte ex priuilegio Ferdin. Abbatem in effectu huius litis & controuersiæ mentionem facere. Secundo, etsi verum est lite pendente dicta priuilegia impetrata, tamẽ ex eo nõ infertur, necessaria iuris ratione, ad ea, quæ extra litem sunt, & ex futuro tempore pendent, dicta priuilegia extendi neque posse, neque debere, quod certe, ego tam absolute verum esse non dixerim, vti neque Comes probauit. Quæ cum ita sint, in terminis litis nostræ, & in petitionibus partium præcisè manendo, pronuncio bene iudicatum male appellatum, sine appendice reseruationis, quia ipsimet iudices, à quibus priuilegij ius reseruarunt Abbati, à quo grauamine cum Comes non appellarit, neque etiam caussæ appellationis beneficio vsus sit, dicta sententia merito in vigore manere debet suo: nimirum vt Abbati ratione futurorum actuum priuilegium suum adhuc illæsum & integrum esse debeat, donec in iudicio contradictorio aliud iudicetur. Compensatis Expensis, quia Abbas tales quales caussas litigandi habuit. &c. Saluo.

D. Oberhaupt.

DEuolutam hanc caussam esse cum doctoribus ante me auditis: similiter & de intentione actoris vtriusque instantiæ sentio.

An probarit actor suam intentionem, etsi non plenissime, tamen aliquo modo eam priuilegijs Sigis. scilicet & Caroli Quinti præcipue Ferdinandi probasse videtur, de quo R R.

Verum an Elisa sit illa actoris intentio per Rei exceptiones præcipuus Scopus? Et eam Elisam censeo. Nam priuilegium Sigismundi Abbatem nihil iuuat, quia id generale & respectu omnium iudiciorum, nec specialiter ad exemptionem seu auocationem deß Landtgerichts Marin datum est, vnde etiam in specie eidem Landtgericht non præiudicatur. Præterea huic Abbatis priuil. derogatur per priuilegium eiusdem Sigismundi Anno 1415. Comitibus in specie super Landtgericht zu Marin cõcessum, quia prius datũ & antiquius est, secundum communẽ Doctorum opinionem, qua concluditur, quod primum priuilegium † beneficium seu gratia prima posteriori præualeat, *per text. sing. prædia. C. locat. præd. ciuil. & fisc. lib. 11.* Quia causam à principe habet, quod à nemine molestetur, sed tutus sit perpetuo. *l. omnes l. bene à Zenone C. quadrien. præscr.* Nec obstat, etsi posterius proprio motu datum sit, *vt per d. l. prædia. Alex. cons. 3. nu. 7. Dec. cons. 287. nu. 7. Curt. iun. cons. 143. per tot.* Quia in † principe tanquam in fonte iustitiæ constans voluntas esse debet. *Rom. cons. 298. nu. 3.* Imo etiam quod magis est, per alterum priuilegium à Sigismundo eodẽ anno 1420. ob bene merita & seruitia ex certa scientia, proprio motu & ex plenitudine potestatis, concessum annullatur, derogatur & cassatur, quicquid imposterum dem Landtgericht schaden bringen möchte. Vnde indubitanter concludendum Imperatorem Sigismundum Comitibus posteriori priuilegio Abbati concesso præiudicare voluisse. Allegatum Ottonis priuilegium ad eam caussam plane nihil facit, similiter & Wenceslai non attendendum. Quia in caussa fractæ pacis Abbatem pro statu Imperij habuimus, prout etiamnum habendus, donec contrarium in Camera per sententeam exemptionis decernatur. Sed Caroli Quinti & Ferdinandi confirmatio & priuilegium nouum, in quo deß Apts Vnterthanen von dem Landtgericht in specie eximit, quod ex certa scientia & plenitudine potestatis cum clausula derogatoria & annullatoria contra Comitum priuilegia concessum est, maximum robur ad fundandam intentionem Abbatis habere videtur, de quo D D. R R. Sed respondeo hîc voluntatem & scientiam Imperatoris, magis, quàm potestatem respiciendam & considerandam, quia nonnunquam male instruitur & informatur princeps, & nnnquã p̃sumitur principi aliquid placere, nisi † quod iustũ & verum sit. Et dicit Bald. *l. 1. num. 1. con[illegible] oriuc.* quod princeps omnes suos actu[illegible]gulari vult à Iustitia poli & fori. *Ias. ibid. num. 3.* Dictos autem Imperatores in impetrandis his priuilegijs male instructos, & false informatos ex narratis doctorum priuilegiorum cõstat, tam ex dictis testium, quàm exhibitis documentis, scil. rotulis iudicialibus & Vrtheilbrieff/ manifeste falsum est. Proinde dicendum principes importunitate, † & ex falsis narratis supplicantis circumuentos esse, *gl. l. relegati. ff. pœnis. gl. & dd. l. rescripta. C. prescrib. & Imp. offer c. si. Refer. num. 6.* Præterea iuris est, quod principis intentio talis esse videatur, ne tollat alteri ius quæsitum, quia rescripta eius cum iustitia † & saluo iure tertij intelligenda sunt, ne ius tertij lædant. *l. ex facto vulg. & pupill. Decius. consilio 287. numero 4.* Facit quod

83 84 85 86 87

88 quod rescriptũ cõtra sententiam, quæ † transiuit in rem iudicatam non valeat, *l. si. C. sent. resci nd. nõ posse. C. expositis arbitr.* adeò vt Ecclesia, non obstante tali sententia, non valeat, *Dec. cons. 198. nu. 4 & 7.* Vnde etiam allegatis iuris fundamentis concludendum. Si Impp. instructi & informati fuissent, quod Comites nõ solũ à Sigismundo antecessore, q eandẽ potestatẽ in imperio habuit, cũ clausula añullatoria, cassatoria & derogatoria, quicquid imposterũ dem Landtgericht & alijs eorũ priuilegijs schaden bringen möchte/ priuilegiati fuissent, eosq; in possessione & exercitio suorum priuilegiorum, & præcipuè deß Landtgerichts/ vltra 100. annos erga Abbatis Vnterthanen in districtu der Landtgraffschafft fuisse, verum etiam pro se habere rem iudicatam, non semel sed sæpius iteratam etiam in contradictorio iudicio (vnde plenissimum ius quæsitum habent) insuper d. Landtgericht ab imperio feudũ esse, fine dubio importunum supplicantem remouissent. Quia Imperator priuilegia non aliter conce-89 dit quam † quatenus preces veritate nitantur, & licet Ecclesia illa nõ expressa sit, tamen tacitè intelligitur *c. sedes. c. si quãdo de resc. l. etsi LL. C. Si contr. ius vel vtil. publ.* Et ipse Imperator † 90 promissa non aliter præstare vult, quam si iusta sunt. *l. f. C. si contr. ius.* Taceo quòd huius litis pendentiæ Imperatori celata fuerint, quod cum à Dominis latè deductum sit, ad hoc me remitto.

Concludo cum priuilegia Abbatis per sub & obreptionem obtenta sunt, meritò Comiti præiudicare non posse, & ipsum Comitem apud ius suum quæsitum tuendum, & proinde sententiam priorem confirmandam. Abbatẽ in expensas condemno, propter quod consiteatur in causa 8. & 9. appellationis priuilegium Caroli V. in causa 1. appellationis sibi nihil prodesse posse. Saluo &c.

Sententia definitiua prima appellationis.

IN Sachen H. Apts vnnd Conuents zu S. Sebald Appellanten eins/ wieder weilandt Herrn Johan Friederich vnd Cuno Quirin/ Jetzo Herrn Adolff Grauen zu Zopfen Appellaten anderstheils ist allẽ vorbringen nach zu Recht erkandt/ daß Richter voriger Instanz wol geurtheilt/ vbel dauon Appelliert/ gedachte Appellanten in die Gerichtskosten derwegen ahn diesem Käyß. Cammergericht auffgelauffen/ Ihme dem Appellaten nach Rechtlicher ermessigung zu entrichten vñ zubezahlen fällig vrtheilendt.

N. Quo ad expensas mutatam sententiam propter declarationem D. Oberhaupt/ quã supra in suo voto. D. Cairus Retulit.

D. Coper Saluo suo voto Corretulit.

DEC. II. Votum VII.

Idem Actor Herr Conradt Apt deß Gottes Hauß zu S. Sebald pro interesse, vnnd seine Vnterthanen Conradt Schertzle & Consortes Principal Appellantem,

Contra

Mertin Elferd & litis consorten Appellaten 8 Appellationis, & inter easdem 9 Appellantis.

In caussa Appellationis & de cognitione Iudicis.

SVMMARIA.

1. *Appellatio quæ fit per verba, dico sententiam nullam, est receptißima.*
2. *Sententiæ viua voce latæ inappellabiles sunt.*
3. *Appellationis requisita in Camera & iure communi.*
4. *Lis potest secundum Mynsingerum etiam in scriptis exceptuatis contestari.*
5. *Iudex semper cognoscit an sua sit iurisdictio, etiamsi eius exercitium cognitio spectet.*
6. *Quid si dubium incidat de proprietate.*
7. *Affirmatur iudicium etiam eo casu rectè cognoscere, an sua sit iurisdictio.*
8. *Quid si super exceptione præscriptionis & priuilegio exemtionis. & infra n. 15.*
9. *Sententia iudicis nullam iurisdictionem habentis & pronunciantis se competentem, si non appelletur ab ea, transit in rem iudicatam, & iudex iurisdictionem sibi acquirit etiã in principali.*
10. *Priuilegium dicitur subreptitium, quando non concernit deducta in lite, sed factum.*
11. *Priuilegium datur de fructibus percipientis, male de perceptis.*

12 *Revo-*

12 *Reuocari expresse qua non possunt, multo minus tacite.*

13 *Priuilegium sine caussa nō reuocatur, etiamsi subdito concessio facta foret.*

14 *Feudum sine caussa reuocari nequit & n. 22.*

15 *Iudex quando & quibus casibus cognoscat an sua sit iurisdictio, quibus non.*

16 *Iudex non cognoscit quando exceptio suggillans famam iudicis apposita fuerit.*

17 *Iudicis recusatus processus non est ipso iure nullus.*

18 *De [illegible] pot est principaliter pronunciari [illegible] priuilegij & exemptionis.*

19 *Sub & obreptio ipso iure vitiat concessionem gratiæ.*

20 Contra Ehehafften deß K. Hoffgerichts *an quis priuilegiari possit.*

21 *Priuilegium remuneratorium factum subdito principis absq; caussa reuocare nequit.*

22 *Iurisdictio concessa per contractum, nec a principe nec a successoribus reuocari potest.*

24 *Immutans aliquid lite pendente in expensas condemnandus est, etiam iure canonico.*

IN NOMINE Domini. Amen.

D. Helfferich *Referens.*

CIRCA deuolutionem maxime in caussa nouæ appellationis deductum dubitatum: Primum an per hæc verba bitweil ꝛc. fuerit appellatum. Secundo, an ab incontinenti subsecuta refutatione appellationis iterum appellare debuerit.

Quo ad primum puto illa verba æquipollere vulgaribus illis, *dico sententiam nullam*, & si qua est appellatio, qui † modus appellationis in praxi receptus est *secundum gl. & dd. l. 1. C. quando prouoc. non est necesse. Vant. quot & quibus modis. nu 11. Dec c ad audientiam. nu 34. in pr. Appell.* An appellatum sit ex circumstātijs & effectu rei ipsius, colligendum, non captanda verba, & in dubio pro appellatione.

Secundum plus dubij habere videtur propter ius commune, quod tales sententiæ † viua voce inappellabiles sint. *Mynſ. cent. 2. Obs. 49.* Sed cum ex stylo Cam. eiusmodi sententiæ habeantur pro interlocutorijs, vim definitiuæ saltem habentibus, & secundum ordinat. viuā voce appellabilibus, videndum superest, an dicta theorica etiam in hisce habeant locum, quod scilicet iterum sit appellandū. Et licet Ferrar. *in form. respōd. iudicu a quo §. statuit,* ex † Iacobo Butrig. tale quid innuere videatur, protestandum scilicet. &c. Sed ordinatio nostra nihil horum exigit, Apostolorū petitionem appellantibus expresse remittit, & hoc tantum doceri vult, formaliter esse appellatū, vel in scriptis, vel viua voce. Ius commune rigidius quidē exigit appellationis intimationem, & Apostolorum petitionem. *c. Cordi. c. Romana appel. in 6. Vāt. ex de null. ex def. Iurisd. nu. 89.* Iudicis a quo delationem seu refutationem cum expressione caussæ. *l. sciend. de appellat.* Quod autem & huiusmodi refutatione, vel non receptione, specialiter sit appellandum, nullibi puto expressum, & cōtrarium innuit. *q. 5. appel. recip.* Notatur quidem ad *l. 1. C. quor. appell. non recip.* Si Iudex respuat in continenti appellationem, posse tunc appellari. Sed hoc propriè pertinet ad iudicem appellationis, cuius est cognitio, vtrum iusta vel iniusta fuerit appellatio, an deferendum fuerit an non. Doctrina Innoc. *c. pastoralis nu. 5. de officio deleg. per Maranth. & Mynsing* astringitur ad interlocutorias. Igitur à contrario sensu in definitiuis non idem iuris. In illis enim, *vt supra dictum,* appellatum sufficit. *gl. d. l eius. 5. appel. recip.* vt plus actum, quàm scriptum. Quod conijcio ex eo, quod in tribus similibus causis inter easdem circa appellantem eadem penè verba sint posita. Ponit passim Abbas, citatos principes etiam appellasse. Et fatetur hoc Comes in except. de quo tamen nullatenus constat ex actis: desertionem Comes non vrget, & quia sententiæ, à quibus meo voto erint confirmandæ, etiam desertionem veram non attenderem, sed super meritis pronunciarem.

Quo ad merita.

PRocuratoria esse sufficiētia, Abbatis styl. & Comitis, nullitates duæ videntur commissæ ex parte Comitis, lis in hac instantia nō est verbaliter contestata per Abbatem in scriptis, & verbotenus est contestata in grauaminibus, & in recessu 24. Anno. 55. per Comitem verò † in scriptis tantum except. quod putat sufficere Mynſ. *Sing. Cent. 4. obs. 62.* Quia de effectu & voluntate partium cōstat ex productis postea subsecutis: Contestatā esse vtrinque fatentur in productis.

Secunda nullitas est circa iurisdictionem, quam vrget Abbas, primo loco in grauaminibus, Sed & hanc saluari posse puto.

Pronūciatū enim sup exercitio iurisdictionis tantū non super priuilegio & proprietate ipsius iurisdictionis, vt rectè fatetur Abbas in replicis siue in puncto supplicationis pinhibitione, quicquid iactet Comes, in prima instātia deductam esse etiam priuilegij nullitatem. Puta in prima instantia plura esse cumulata ad vnum effectum, manutenentiā scilicet veteris iurisdictionis: priuilegijs contrarijs, quorum vires impugnabantur, non attentis quantum ad possessionem, secundum omniū iudiciorum ordinem, in similibus causis, præsertim cum Abbate suos subditos vigore priuilegio-

uilegiorum suorum, ipsosq; subditos, scilicet, principaliter citatos pro actoribus, quo ad hãc caussam, Comitem vero, eiusque officiatos, opponentes se Abbati auocanti, habeam pro Reis; Landtgericht vero pro iudice ordinario, competente & cognoscente, an sua sit iurisdictio, non attenta extraiudiciali per eos emissa contra protestationem, inconsiderata & superflua propter suspitionem inde causatam. Si enim vel propter superioritatem Comitis, tanquam Domini immediati des Landtgerichts, vel partialitatem aliquam suspecti fuissent Abbati, legitime recusandi erant, statim post insinuationem priuilegij, quod quia non factum, imò sæpius submissum in puncto remissionis, versamur in terminis 5 regulæ generalis, iudicem semper † cognoscere, an sua sit iurisdictio. *capite cum persona priuileg. in 6. leg. ex quacunque 2. Si quis in ius voc. non erit &c. l. si quis ex aliena iud.*

De exercitio iurisdictionis sine dubio & secundum omnes quilibet cognoscit. 6 Sin † autem dubium de iurisdictionis proprietate incidat, propter priuilegium exemptionis, non conuenit, inter Dd. vtrum sua sit cognitio. Alij aiunt, alij negant. Verior mihi videtur 7 eorum opinio quæ stant pro † iurisdictione, iudicem etiam eo casu recte cognoscere, an sua sit iurisdictio. *per c. super literis Refer. & d.* 8 *c. cum persona. priuileg. in 6.* quod † permittit illi cognitionem super exceptione præscriptionis. Et fatetur *Fel. c. super literis. nu. 24. rescr.* limitationem suam quartam dubiam esse. Decius autem ibid. *nu. 4. & c. ad audientiam, de appell.* etiam allegato priuilegio exemptionis cognitionem relinquit iudici, nisi recusetur. Imo in genere in casibus exceptuatis tradit, cognitionem iudicem retinere, nisi recusetur. Imo & in fortioribus, si nullam penitus habeat Iurisdictionem, & pronuntiet se 9 competentem, nec appelletur, sententiam † transire in rem iudicatam, & iurisdictionem sibi acquirere etiam in principali l. *Barbarius officio pretoris. Panor. c. ex parte Decani & c. super literis. rescript.* In sententia à qua, nulla fit virium priuilegij mentio, & vt aliqua fuisset facta, non attenderem, cum propter merita tales sententiæ meo saltem voto veniant confirmandæ, *Secundum Vant. t. vlt. nu. 132.* Etiamsi sit sententia nulla propter defectum iurisdictionis, tamen confirmari posse. Sed hic maneamus in regula, à qua nõ recedendũ, nisi debeamus expressos text. concl. nec hanc nullitatem attendendam.

Quod attinet ad actionẽ, probationẽ, & elisionem, repeto inprimis vota nostra in caussa appellationis, vbi merita etiam similium caussarum sufficienter tractata sunt, quibus etiam, quod addã, parũ aut nihil habeo. Quia tamen Abbas priuilegia nouissima in futurũ saltem omnimodo valitura existimet, (prout etiã Caroli V. priuilegiũ in futurum conceptum est,) propter expressam mentionem exemptionis à Marino Landtgericht/ & prægnantes eorũ clausulas, iterum de quibusdã aliquid est dicendũ.

In primis nullam facio differentiam pagorũ vtriusq; caussæ 8 & 9. appellationis, sed & præsuppono, omnes istos pagos in dominijs Rosenbach & Falckeneck, & sic in districtu des Landtgerichts, situatos: nullã facit differẽtiam ipse Abbas, districtus probatus *in c. 1.* appellationis possessio & subiectio antiqua similiter probata, & ꝑ ijs præsupponunt priuilegia ista.

Frustra enim & superflue eximerentur non subiecti Domini soli. Abbas & Comes nunc contendunt de priuilegij citati nouissimi viribus: die Bawren fere omnes mortui, null' eorũ amplius in lite, cõsentientibus vtrinq; Dominis: tacitam litẽ pendere nõ amplius negat Abbas, sed nihilominus in futurum saltem valitura contendit, quod colorem habet. Notat enim Doctores, priuilegium non dici † subreptitium, quando non cõcernit deducta in lite, 10 sed futura: examplificant de præceptis fructibus male, & dicunt, ꝙ detur † priuilegium de 11 percipiendis. *Fel. c. 1. Refer. nu. 14. Innoc. c. fin. vt lite. pend. &c.* Quod etiam finita lite valere potest. Pro tempore futuro principaliter præiudicare posse contractui feudali, secundũ quosdam notat Gabriel. *lib. 3. de Iure quæsit. non tol. conclu. 5. n. 41.* Sed Gabriel ibid. mox contrarium subijcit. Ego supra dictã doctrinam Fel. locum habere puto, si priuilegium lite pendẽte impetratum, alias ita firmum, validumq; sit, vt de viribus eius nullatenus ambigi possit atque ita cum Panor. intelligo Innocẽt. c. Et teste Abbate, communis opinio in genere est rigidissima, scilicet, quando lis fuit decisa contra impetrantem: (vt in caussa primæ appellationis per nos factum est,) non posse de nouo incipere, & priuilegio vti, *per eundem Innoc. & communiter omnes*, quem vigorem Abbas ibi mitigat.

Sed quo minus illam Abbatis distinctio hic locum habere possit, obstant effectus inquisitorum, ibidem. per Abb. p[illegible]torũ, quod etiam in priori meo voto attigi.

In primis vero priuilegijs nouissimis obstare videtur, litem illam primam adhuc pendere nec ante discussam dici posse, quã vel lata sententia, vel instructa per renunciationẽ tacitã possessio antiqua, *secundum c. de persona, de priuileg. in 6.* Iurisdictionem des Landtgerichts/ non competere Comitibus ex generali priuilegio, sed specialissimo remuneratorio cum clausulis derogatorijs, cassatorijs, cuius priuilegij specialem mentionem factam oportuit.

Nec illis obstat clausula generalis, *non obstantibus &c.* propter irreuocabilitatem primi priuilegij, propter transitionem in contractũ,

de qua supra in votis 1. appellationis, & cum reuocari † non potuerit expresse, multò minus tacite. *Fel. d. c. 1. nu. 3. 10. 11.* Landtgericht Marin / scilicet, duplici iure competere Comitibus, ex priuilegio, scil. remuneratorio, & contractu feudali, quorum neutrum sine grauissimis caussis tolli & aufferri potest. De † priuilegio sine causa non reuocado videri poterit Gabriel. *d. 1. lib. 3. cócl. 6* vbi ampliat, etiāsi subdito foret concessio facta *nu 15. & 19.* quod etiam in iurisdictionalibus pcedere puto, eatenus vt saltē digna cōpensatio subdito danda vel facienda sit. *Gabriel. ibid. conclus. 2. num. 25.*

De † feudo nullum dubium est. *c. 1. de feudo sine culpa non amit. Gabriel. d. loco. conclus. 5. nu. 30. 33. 35.* vbi ampliat, *secundo vt ibi, & in 26. ampl. 3.* vt etiam nec feudi conditiones princeps sine caussa alterare possit. Abbati propter horum omnium omissionē non deficiūt necessaria, ad validandum priuilegium obtentum; etiam in futuris casibus deest vel desideratur voluntas & intentio cōcedentis; cessant caussæ tribuentes Imp. facultatem adimendi restringendiq; iuris quæsiti. Imo tantū abest, vt tertio quicquā præiudicarū voluerit, vt inconsuetam quidē derogatoriam clausula specialem priuilegijs nouissimus non inseruerit, sed eius loco opposuerit, reseruationem iuris alieni. Et vt de facto etiā motu proprio reuocasset iura Comitum, attamen quia ea per supra d. illæsa seruata oportuit, præsumeretur, deceptus tam patenter, vt contrarium probari non possit. *Mynf. cent. 4. obf. 61. Gail. lib. 1 obs. 14 nu. 6. & 7.* Hic accedit præiudicium Imperij, propter interuersas, & alio deriuatas appellationes, contra præsumptam Imp. mentē, & expressam literam priuilegij. Concludo, cū ob tacita in prioribus votis, & supra dicta, & suggesta falsitate, cesset non tantum mens & intentio concedentis, sed, stantibus specialitatibus iurium Comitis & Imperij, ipsa imo potestas. Si de voluntate constaret, in disceptationem venire posset, per supra dicta priuilegia nouissima tanquam sub obreptitia, & per consequens ipso iure nulla, & contra quæ lis prima etiamnum pendens, concordantibus votis decidenda est, attendi nec posse, nec debere, sed pronunciandum simpliciter secundū petitiones Comitis, bene iudicatum, male appellatum, cum expensis, secundum regulam, *victus victori &c.* & notoriam nullitatem nouissimorum priuilegiorum. Non refragabor tamen, si ex æquitate, nescio qua, propter coloratum priuilegiorum Impp. prætextum domini putarent, eas compensari posse. Super puncto inhibitionis hoc ipso iam pronunciatum est, *d. c. cum persona*, & si res adhuc esset integra, deneganda foret inhibitio, & manu tenenda antiqua possessio. *c. 1. & c. f. vt lit. pend.*

D. Rosencrantz Correfer.

QVo ad deuolutionem cum Refer. nouæ, scilicet, causæ. Quo ad procuratoria singulorum consortium, non puto scrupulosius inquirēdum, vtrum adhuc in viuis, vel an heredum nomine procuratores legitimati sunt. Cum procurator Abbatis in recessu 4. Octob. Anno 59. Quoad litis contestationem cum Ref. propter confessionem partium hinc inde, quæ habent litem pro contestata.

Altera nullitas, quam Abbas vrget, & desuper expresse pronunciari petit, quasi ab incompetenti iudice, maioris est momenti. Constat ex vnanimi Legistarum & Canonistarum opinione iudicem † cognoscere posse, an sua sit iurisdictio. *c. super literis Refer. c. cum per priuil. in 6.* vbi & de priuilegijs & præscriptione exemptorum ordinarius cognoscit. De priuilegijs inquam, saltem aliquo modo, *vt gl. in d. c cum persone, verbo integraliter.* Eo etiam respectu de priuilegio exhibito cognoscit ordinarius, vtrum per se sit sufficiens ad exemptionem, an vero caussam præscribendi tātum præbeat. Quod vero non solum possit, sed & debeat omnino iudex expresse pronunciare, an sua sit iurisdictio, quotiescunque per exceptum obiectionis denegatur iurisdictio, tradit Grammat. *decis. 65. nu. 81. 82.* Hæc autem regula pluribus fallentijs à Fel. restringitur. *d. c. super literis, verbo non sua sit iurisdictio. num. 18.* quarum quarta & sexta ad nos potissimum pertinent, quando nimirum nō solum de exercitio, sed etiam de proprietate subiectionis agitur. Item, quando iudex se ingerit, tenendo opinionem partis, quæ stat pro iurisdictione. Quoad priorem fallentiam non simpliciter insistit. Fel. dicto c. sed dubiam dicit, ponderando ad id text. *d. c. cum persona*, vnde expresse requirit recusationem, restringendo Angelum simpliciter loquentem. *l. 2. si quis in ius voc.* Quoad alteram fallentiam nimirum sextam fundat se in gl. *statum extra de Refer. in 6. verbo copia.* Si iudex constituit se aduersarium, non cognoscit. Et ibi addit, quod iudex cum parte contendens, non pronunciat se competentem, & alia add. ad *gl. verb. ordinarijs. d. c. cum persona.* Idem firmat consentitque Innoc. *c. ex parte de verb. sign. & omnes d. c. super literis.* Ipse tamen Fel. de hac fall. dubitat. Abbas videtur respicere ad hæc iura, dum contendit, per protestationem iudices à quibus sese aduersarios constituisse & ingessisse: præsertim cum protestatio fuerit extraiudicialis: & videntur processisse vt priuata persona contra Abbatem in puncto protestationis, vnde postea non potuerit redire ad cognitionem iudicialem, tanquam in habiles, *prout not. Fel. d fall. 6* allegans *ad id. gl. c. ex conquerente de Rest spol.* Verum ego,

ego, protestationem illam, licet extraiudicialem, non eo possum referre. Longe enim alia ratio est eius, quod Fel. *d. l. gl.* refert, vbi nimirum iniustè per spoliationem Iudex extraiudicialiter partem grauauit: nostra protestatio contrarium intendit, nimirum se neutri parti velle adhærere, sed pronunciare tanquam iudices verbis dictæ protestationis, etwas vnerhört guttes oder böses erkennen. Et quod dicunt, se tacendo nolle approbare priuilegium, non inde colligitur, eos nimis proprie improbasse. Pugnant enim d. verba præmissa & sequentia, dum dicunt, sie wöllen recht richten.

Nec etiam obstat iudicibus, quod vrget Abbas coram actis, officiales Comitum dixisse, sie wöllen Landtrichter vnnd Vrtheilsprecher so viel müglich handthaben: quia ideo non pro parte illa Comitum declararunt intentionem suam, prout in simili tradit. Ias. *l. solet. iurisdict. num. 1. & 3. de aduocato partis qui postea index sit*, cuius sententiam ita demum nullam esse dicit, si voluntatem suam consultus parti declarauit, aliâs secus. Deinde ita demum talis sententia nulla est, si recusatus sit. Hic non annuerunt iudices Comitibus, nec etiam Abbati, post vtrinque protestationem eos recusauit, sed plures etiam ex interuallo de nouo submisit in puncto promissionis. Vnde nec prima fallentia Fel. locum habet, qua 16 tradit, Iudicem † non cognoscere, quoties exceptio sugillans famam iudicis apposita fuerit, quia & illo in casu recusatione opus est, *vt ibi Fel. & text. expressus. c. Iudex ab Apostol. off. delegat. in 6. & ibi gl. verbo opponitur in f.* Imo etsi recusetur Iudex, valet processus de consensu recusatoris. *text. ibid.* nisi de recusatoris procedat assensu. *Ibid. gl. verbo recusatoris & ibi addit. facit opinio Innoc. & aliorum,* 17 qui iudicis etiam recusatum † processum non volunt ipso iure esse nullum, de quo Gabriel. *lib. 2. Iudic. concl. 5.*

Pro Coronide addo, quod Innoc. *d. c. ex parte verb. sig.* processum illius iudicis, qui se aduersarium constituit, non simpliciter annullat sed ita demum, si côuentus vere sit exemptus, vnde & ipsius caussę exitu hoc totum est existimandum.

Antequam ad merita caussæ descendam, videndum an circa ipsum ius priuilegij & exemptionis principaliter pronûciarint iudices 18 à quibus, quod non debere fieri † dicit Innoc. *d. loco.* Abbas ipse in replicis in puncto inhibitionis negat principaliter cognitû super priuilegijs. Comes è contra in duplicis contendit: de ipso priuilegio dicit disputatum, nô tamen asserit pronunciatum.

Si verba sentêtiæ inspiciamus, remissio fuit denegata tanquam contraria priuilegijs Comitis, & præscript. & rebus antea iudicatis, iubentes partes non obstante petita remissione procedere, qua in re nihil aliud agunt, quaꝗ possessioni suæ titulatæ inhærêt, *iuxta d. c. cum personæ. & c. 1. vt lit. pend.* De priuilegijs Abbatis nullum verbum. Iam igitur æstimandum, vtrum competentes iudices sunt Martinens. contra Abbatis subditos in dominijs Rosenbach & Falckeneck habitantes.

Abbas in hac caussa fundat se in priuilegio Caroli V. quod vt nô præiudicare liti ante pêdenti, nec etiam ea intentione improbatum esse, expresse fatetur, ita in futuris casibus firmum & validum censeri maxime contendit.

De iuribus in iam caussa deductis non opus est hic multa verba faciamus.

De hoc priuilegio vltima quæstio, vtrum hoc probarit intentionem suam Abbas? Videtur quidem propter expressam mentionem, des Landtgerichts Marin / sed aduertêdum hic de † opposita sub & obreptione, quæ ipso iure viciat concessionem gratiæ. *Menoch. lib. 2. arbitr. casu 201. num. 2.* Vnde quatenus obreptio manifesta est, ne probatur quidem intentio. 19

De obreptione autem satisdictum in caussa primæ appellationis à Dominis.

Ego hoc tantum, quod ad litis pendentiam, & rem iudicatam, subinde Abbas replicat, breuiter discutiam. Constituit nostræ caussæ terminos ita, quasi neutrius opus fuisset mentionem fieri, non magis, quam si centies iudicatum esset in curia Rechensi contra subditos alicuius domini, & is tandem impetraret priuilegium, vt quotidie fieri videmus, eo quod accumulat exemptionem de immunitate vectigalium notoria obseruantia p.p. & statuum est contraria.

Quod autem ad Rechenses exceptiones, côfirmari videtur illud Abbatis, simile omnibus illis iuribus, quæ de iurisdictionalibus facile concedendis, & rursus tollendis à partibus, disputata sunt à dominis. Verum ex circumstantijs facti, & caussæ nostræ, apertte côstat, diuersissimum esse ius iudicij illius prouincialis, & Recheusis, qua ius vt in hoc quidem simpliciter sit expeditum, quouis modo quem suis eximi posse. Nam & in illis exemptionibus de cursu priuilegiorum, de proprietate & probabilitate caussarum, quibus Imperator ad eximendum mouetur, præsertim vero circa Ehehafften des Rechtischen Hoffgerichts / quarum plures sunt, quæri solet, an contra illa priuilegiari quis possit, vt in caussa Episcopi Argentin. me Ref. memini disputatum, vbi nisi antiquius fuisset priuilegium Episcopi contra Ehehafften / nouissimo Max. priuilegio, quod Rechtensibus dederat, ne nimirum valeant priuilegia in futurum cô-

tra Ehehafften/ succubuisset Episcopus. Primo, quod iam inde ab Anno 1401. duplici iure priuilegij, & feudi, das Landtgericht concessum fuit Comitibus, & in inuestitura Rupert. Cæs. mentio fit, quod eodem iure habeant, quo maiores. Postea à Sigismundo 1415. per viam priuilegij ita quidem concessum, vt iubeat remittere ad auocationes, quamuis ne id quidem simpliciter, sondern wie Landtsgericht gewohnheit vnnd Recht ist/ quod ipsum ex immemoriali consuetud. dicti iudicij, & in ijs, quæ postea subsecuta sunt, statuendum est. Nam idem Sigism. Anno 1420. remuneratorio priuilegio irreuocabiliter Comiti Christiano, & ijs heredibus dictum iudicium ita concessit, vt specialiter deroget omnibus in contrarium à se concedendis. Idemq; Sigismundus eidem Christiano postea 1435. & sic biennio post priuilegium, (quod Abbati idē Sigismundus concesserat,) cōfirmat priuilegia sua in omnibus suis clausulis, vt ꝑ specifice insertis habeat, ꝗ in caussa primę appellationis fuit productum.

Et rursus biennio post, idem Sigismundus Anno 1437. filijs Comitis Christiani duplici iure, priuilegij & feudi, dictū iudiciū rursus cōcessit, ꝗ productū in caussa fractæ pacis. Subsequēs etiam Imperator, Albertus quidē nomine priuilegij: Frid. vero 3. Max. 1. Caro. 5. Ferdin. & Max. 2. duplici iure priuilegij & feudi d. Landtgericht/ Comitibus cōcesserunt, vt in caussa fractæ pacis primæ & quartæ appellationis deductum est.

Iam iuris notissimi, quod priuilegium remuneratorium factum subdito absq; † caussa princeps reuocare non possit, *Gabriel l. 3. iure quæs. non toll. concl. 7. num. 2.* De feudali vero concessione sine caussa nō reuocanda, neq; ex plenitudine † potestatis, & neque quoad conditiones, idē eodē loco. *nu. 33. & seq. concl. 5.* Et in specie, quo ad iurisdictionē † concessam per contractum, quod nec à principe, nec à successoribus reuocari possit. *nu. 6.* Item, quod caussa non præsumatur, si princeps disponit contra vasallum, cui ius quæsitum. *Idem d. t. concl. 3. nu. 14.* Neque hoc iuuat, quod subinde vrget Abb. in hoc genere cōtrouersiæ iurisdictionis, quod caussa reducatur ad antiquum statū iuris cōmunis, quo casu etiam sine caussa princeps tertio præiudicare potest. *Gabr. d. t. concl. 1. nu. 28.* Quia secus, vbi competit ius ex contractu, *vt d. concl. 3.* Imo, ne iuri quidem quærendo, ex contractu facto cum principe, præiudicari ab eodem potest. *d. concl. 1. nu. 32.*

21

22

23

Deinde, quod ad districtum differt Landtgericht à Rechtensi. Non enim in districtu iurisdictionali Rechten iudicij aliæ prouinciæ sitæ sunt, eodem modo t. h. sed subditi Abbatis in pluribus alijs casibus iurisdicabiles sunt d. Comiti, alß deß Landts Graffen in regalibus & fiscalibus iuribus, etsi Comites ius territorij habent, cum Rechtensis iurisdictio sit sine iure territorij. Præterea accedit bis res iudicata de Anno 1448. quo tēpore omne ius Abbatis in iudicium deductum, & in genere pronunciatum, vnd sollen hinfuro alle Vnterthanen/ præseruato, quidem petitorio ex priuilegijs prætenso. Sed & id, quinquagenaria postea, non tantū taciturnitate, verū etiam pluribus contrafactionibus Abbatem, & alijs rebus contra auocationes denuò iudicatis, consumptum, vbi nō eo modo res iudicatas intelligo, quo si quis annis aliquot contra subditos suos Rechtenses iudicare passus fuisset, & nihilominus eximi posset. Sed cum ipsum ius exemptionis principaliter controuertitur, & desuper pronuncietur, non quoad nostrum casum, sed generaliter, vnnd sollen hinfuro alle ꝛc. quod etiam in priori voto meo ponderaui, vbi ex c. *postulasti & ibi not. refer.* adduxi, de omni notabili clausula mentionem esse faciendam in posteriori derogatorio, nec de eo tantum, quod principem mouere posset, ad non concedendum, sed etiam ad difficilius concedendum, ad quod ponderant DD. verbum *deleui in d. c. postulasti.* Iam si priuilegium Caroli V. inspiciamus, tacendo he his, quæ de obreptione à dominis iam antea multipliciter disputata sunt, illud puto maximum, quod vltimo tandem mouit Comes de transact. tacita de Anno 1512. quam Terræpotētes ipsimet inierunt inter Sebald & Zopffen in qua expressis verbis ponitur aliquoties, daß die Herrschafft Rosenbach & alij pagi Abbatis in der Landtgraffschafft Marin gelegen/ Item quoad Comitem alß Landts Graffen / pertineant die Landtsgeting vnnd Richtssteuwer / & homagia & alia iura super eisdem. Item quod absolute in eadem transactione ius prehensionis, seu captiuæ in pagis Abbatis Comitibus assignatur.

Qua fide ergo potuit Abbas contra manifestam hanc transactionem ab Imp. petere, vt subditos suos eximeret à iurisdictione Comitis, quoad, Leib/ Ehr/ vnnd Gut. Cum in omnibus hisce Comes ex dicta transactione partim concurrentia, partim potiora iura in dictis subditis habeat. Vnde vel ex hac caussa puto priuilegium obreptitium.

Pondero, quod in priuilegio Caroli V. nec generaliter, nec specialiter derogantur, abrogantur Comitis priuilegia, & clausula reseruatoria in dicto priuilegio vtcunque intelligatur saltem quoad ius superioritatis Imperij, quam habet respectu der Landtgraffschafft Marin/ & expresse reseruatum, & quoad ipsum ius Comitū: sicut per generalē hanc reseruatoriam forte dici possit, nō quod vis eorū intel-

intelligi reseruatum, cum in specie contra Marin sit dispositum, ne verba fiant inania.

Itaq; rursus illud certum est, saltem res iudicatas & transactionem & litis pẽdentiam in Cam. tanquam singularissima iura per hanc clausulam, imo illa quoque non opposita, de iure communi manere illibata. Puto pronunciandum, bene iudicatum, male appellatum. Ab expensis vix possum liberare Abbatem, cum videam in toto hoc negotio bona fide esse versatum, mouebor tamen eo, quod & inepte, & non sine suspicione iudices à quibus extraiudicialiter protestati sunt, ita vt si recusati fuissent, eo casu tolerabilior caussa Abbatis fuisset futura. Saltem quoad hunc effectum, & hanc sententiam, puto etiam esse cõformem interlocutoriæ in prima caussa latæ. Compensatis expensis.

D. Oberhaupt. Compensatis expensis cum RR.

D. Cairus. Cõcludo simpliciter cum RR. Quia malitia sua ipsi patrocinari non debet. Colligo enim ex tacita euidenti re iudicata, nec ignorata litis pendentia & expressa in impetratione priuilegij falsa contraria sua possessione, cuius tamen nunquam in vsu fuit, & maxime propter id condemno eum in expensas, quia alias impetrans rescriptum obreptitium, sit condẽnandus in expensas, si ab hoc vexet alterum, vel coegit aduersarium laborare, *c. caterum, ibi gl. f. & Cardin. Zabarella in s. not. de rescr.* etiam notat pulchre *Host. in summa vt lit. pend. in f.* volens eum, qui lite † 14 pendente aliquid immutet in expensas condemnandum, etiam iure Canonico.

D. Eissenhart. Cum DD. RR.

D. Lopez. Ego quoad nullitates, cum DD. RR. ante me. Quo ad expensas cum D. Corref. Quoad merita repeto votũ meum in caussa primæ appellationis, donec hæc caussa auocationum decidatur.

Definitiua.

In Sachen S. Sebald/ wieder Zopfen octauæ appellationis/ Ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß durch Richter voriger Instantz wohl geurtheilt / vbel dauon Appelliert/ die Gerichtskosten derwegẽ aufgelauffen/ auß bewegenden Vhrsachen gegen einander compensierendt vnnd vergleichendt.

Definitiua inter easdem 9. Appel.

In Sachen S. Sebald/ wieder Zopfen nonæ Appellationis. Ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß durch Richter voriger Instantz wohl geurtheilt/ vbel dauon Appelliert/ die Gerichts kosten derwegen auffgelauffen/ auß bewegenden Vhrsachen gegen einander compensierendt/ vnnd vergleichendt.

DEC. II. VOTVM VIII.

In Caussa Altkirchen/ *Contra* Schwartzthurn.

De potestate Regis Romani, an & quatenus Imperatore absente beneficia conferre possit.

SVMMARIA.

1. *Actio quasi confessoria datur vsufructuario contra quemcunque possessorem.*
2. *Vsufructuarius habito respectu ad ius, quod habet in re, dicitur dominus ipsius.*
3. *Actio quasi confessoria datur nõ solum pro iure pascendi, decimandi, verum etiam pro solutione tributorum.*
4. *Vsufructuarius potest ius suum in alium, etiam sine Cæsaris consensu transferre.*
5. *Cedens non potest plus iuris in cessionarium transferre, quam ipse habuit.*
6. *Vsufructus morte finitur.*
7. *Vsufructuarius quando alienat simpliciter vsumfructum, censetur potius alienasse commoditatem vsusfructus, cui dominus fuit, quam ipsum vsum fructum.*
8. *Refutatio feudi inuitis & dissentiẽtibus agnatis facta, tandiu valet, quandiu viuit ipse cedens.*
9. *Datoris iure resoluto, soluitur ius acceptoris.*

G 3 10. Feu-

& res iudicata, per se sola, Comiti nō tantum contra Abatem, sed etiam Imperatorem ipsum sufficere videantur.

De Imperatore tamen non disputo. Definit enim Abbas in probatione voluntatis, nec ea ex generalib⁹ clausulis elici potest. Nulla facta mentio specialis priuilegij antiquioris ijsdem clausulis vallati, facta litis pēdentia suppressum Ius tertio irreuocabiliter acquisitum, propter transitionem in contractum propter decursam immemorialem præscriptionem nullatenus interruptam, sed magis confirmatam per res iudicatas & absurdas appellationes, quæ tamen omnia & singula narrada fuissent ad euitandam obreptionem, quibus addo Menoch. latiss. *d. casu 201. numero 27. & seqq. vbi allegat Felin. capite super literis, numero 2.*

Tertij generis qualitates moueri potuissent hic, agi de diminutione Iuriū Imperij, nō narratū scilicet esse litem pendere, nō de simplici aliqua iurisdictione, nudo & mero priuilegio fundata, sed de iurisdictione, quæ cum Imperio sit connexa, quæ omnia postea Comiti in feudum assignata sunt, & ita ab immemoriali tempore hucusque quiete possedit & vsurpauit, vel in actum deduxit contra Abbat. subditos, etiam ad instantiam officialium eiusdem, quod ignorare non potuit Abbas propter actuum frequentiam & notorietatem litis sumtus proculdubio subministrante ipso Abbate, quæ scientiam & notitiam arguunt. *Cap. decis. septuagesima sexta, numero 11.*

Et hæc omnia cum talia sint, vt substantiam ipsam Comitis, titulum scilicet & possessionem concernant, & cum qualitatibus primi generis concurrant, multum sane mouissent Imp. si fuissent expressa.

Me sane arbitrari cogunt priuilegia nouissima ob reticentiam, horum multifariam esse subreptitia.

In priuilegijs seu rescriptis beneficialibus secundum quosdam paucorum mensium, secundum Felinum & alios vnius anni possessionis facienda mentio est omnino: hic ferè sequi seculū omissum est. Insuper non exprimenda & narranda, non tantum suppressa & tacita sunt, sed insuper etiam suggesta falsitas in eo, quod narrauit Abbas, se turbari, cum vt supra dictum, nunquam possederit, vel ius aliquod ad rem, & si habuisset dudum amiserit, & impertinenter decideretur per illa verba, expressam esse factam mentionem Iurium Comitis, cum per contumeliam ad diffamationem Comitis, iustæque ipsius possessionis suggillationem narrata sunt, nec magis Comiti nocere possunt vel debent, quam clausula rescriptis gratiarum vel beneficiorum inseri solita, remoto quolibet iniuste detentore *Menoch. d. loco. c. vbi supra.* Et tamen hoc ipsum si non pro finali, saltem pro impulsiua caussa concessionis in nouissimis priuilegijs exprimitur. Subreptio autem commissa in causa finali omnino vitiat.

De impulsiua † quidam dubitant, sed magis recepta opinio est viciare, quam communem testatur. *Couar. libro primo var. resol. capite vltimo in pr. Menoch. vbi supra numero 25* vterq; autem arbitrio iudicis relinquit. Ego pro finali habeo, cum nulla alia exprimatur, & vt finalis forte non sit, tamen propter circumstatias supra dictas, etiam mere impulsiuam viciare arbitror.

Accedit, quod non simpliciter versamur hic in generali edicto, ne lite pendente, sed in magis speciali, ne appellatione pendent. Et quamuis propter interpositam appellationem parum inter hæc interesse videatur *vt per Bellam. mihi, decis. 748. in pr.* tamen, vt supra dixi, de iure communi deserta esset appellatio, & omnis supplicatio, tanquam lite finita, in totum prohibita, idque sub infamiæ comminatione *d. l. f. C. pend. lit. & ibi dd.* & vt deserta non sit, de quatuor tantum cōcernentibus supplicare liceret, de quibus dd. ibidem præsertim Bald. & Vitalis in clausula *nihil innouari lite pendente.*

Posito autem ex consuetudine huius iudicij, definitiuam esse, & per appellationem legitimam litem in Camera pendere, attamen putarem, supplicationes † vltra vel post biennium à Iure concessum oblatas, & rescripta ad easdem impetrata non attendenda *per auth. præsupplico. C. prec. Imp. offer l. 1. C. sent. def. præter Bald. l. 2. nu. 5. C. vt lit. pend. &c.* 29

Et ponderandum puto, cum istud in rescriptis ad lites tam seuere sit prohibitum, indubitatum esse debere, Abbatem nostrum toto triennio post introductam appellationem, noua priuilegia super meritis causæ, cum ijsdem subreptitijs, nullatenus esse audiendum, prout in auth. *in medio litis. Vitalis num. 4.* Nec iuuare poterit. auth. *Abbatem* in consistorio principis locum habere. Respondeo dupliciter. Primo propter multitudinem earum iure singulari hoc statutum, vt absque damno & mora lis pendens maneat intacta, *auth. sed & ius. c. temp. appel.* ad reliqua omnia ius commune saluum maneat, nec plura singularia cumulentur sine expresso textu. Secundum extra fatale supplicantium esse super meritis causæ, quod non licet, vt dixi.

Non releuat etiam Abbatem, nos versari

sarit in materia Iurisdictionali, vbi Imperator plenissimam habet potestatem. Hoc enim indistincte verum est, vt videri poterit apud Dec. *capite nonit ille Iudic.* Non enim amplius versamur in terminis 1 & 2. priuilegij Comitis, sed 3. de anno 1430. per quod anteriora in vim contractus transierunt propter specialem remunerationem, corroboratam inuestituris feudalibus, longa præscriptione, & re iudicata. Et licet de voluntate derogandi constaret, potestatis quæstio superesset tractanda, prout in simili factum in caussa Hattgaw contra Hanaw/ & pro negatiua sententiatum.

Concludo per supra dd. t. maxime per allegatam doctrinam. *Pan. cap fin. vt lite pend. Bellem. d. decis 748. Cap. d. decis 76. quibus addi poterit. Paris. cons. 30. per tot. lib. 4.*

Concludo itaq; sententiam à qua confirmandam & Abbatem condemnandum in expensas, vt qui intentionem suam non probarit. Equidem quo ad loca controuersa huius litis, & vbi generaliter ꝓbauit per priuilegij verba Sigismundi, in cuius tamen possessionem, nunquam venit sufficientissime. Itaelisa est, vt nihil iuris eum vnquam habuisse, sed inutilibus expensis Comitis appellatione penè friuola diuexisse constet.

Nouissima vero priuilegia communi omnium sententia ad hanc litem nullatenus trahenda sunt: & iniquum foret propter illa Abbatem excusare ab expensis, & Comiti auferre ius antea plenissime irreuocabiliter quæsitum. *Cap. d. decis. numero decimo octauo & decimo nono.*

Superest de reseruationis appendice, & puto illam omittendam, secundum communem opinionem relatam per Abbatem *d. c. f. vt lit. pend. Cap. cap. ibid. numero vigesimo primo in f.* nec sumus in casu limitato, *Abbat. Panorm.* Imo etiam ille in perpetuum facit cessare priuilegia nouissima, cum in illis nulla facta sit mentio Iuris Comitis, quod Panor. licet solus requirere videtur.

Denique loqui videtur ille de casu vel Iure ordinario, communi vel generali, alicui competenti, nos de speciali iure Comitis per priuilegium tractamus, quo casu etiam ipse Panorm. putat priuilegiū in futurum non valere. Cassanda tamen & reuocanda dicta priuilegia nouissima, tanquam attentata non arbitror, tum quod ipso iure cassa, nulla irrita † sint ob vitium subreptionis. *Menoch. d. loc.* tum etiam quod Imperator proprie † non dicitur attentare. *Bellam. d. decis. 748. in f.* Saluo &c.

D. Ritter.

Ratione deuolutionis & actionis sentio cum Doctorib⁹ ante me, videlicet, si appellationem inspiciamus actum officio iudicis, in hoc nostro officio ex *l. 1. Appel.* nimirum vt reformetur sententia in melius. Si vero priorem instantiam consideremus, quin condictio ex noua lege priuilegij locum habeat, puto controuersia carere. Placet etiam, sententiam à qua confirmandam esse ex rationibus ante à me alleg.

Verum an priuilegium Abbatis per ea, quæ ab Appellatis allegata, & in votis dominorum deducta sunt, quoad præteritos actus amissum, & futuros in totum sublatum sit principaliter in controuersiam venit. Certum autem est, priuilegia † amitti per actus contrarios. *Hier. Gratus resp. 61. num. 45. vol.* quod tamen ita temperandum, vt procedat in factis præteritis, non autem futuris, quibus non ita facile præiudicatur, cum effectus priuilegij recipiat reiterationem actuum futurorum, & sic priuilegio, vt in totum aboleatur, non nisi 40. annorum spacio præscribitur. Iam etsi ex actis nostris, maxime ex dictis testiū euincatur contrarios quosdam actus ꝑ Comitem in locis controuersis celebratos, in quibus Abbas iure suo vel priuilegio auocando suos vsus non sit, tamen ex ijs, quæ quidem in hanc præsentem relationem venerunt, non puto tam ab omni parte absolute verum esse, vt Abbatis priuilegio 40. annis præscriptum non sit. Nam vt nil dicam de Ottonis & Wenceslai priuilegijs, quæ & apud me non multū ponderis habent, tamē quando ad calculum reuoco, quæ subsecuta sunt, Sigismundi, Friderici. III. Maxim. I. Carol. V. Ferdin. Maxim. II. quæ continuatum habent tempus, sane ex horum tenore & insinuatione eorundem mihi satis liquere existimo præscriptionem allegatam contra Abbatis ista priuilegia, nondum plenissime probatam vel euictam esse.

Neque etiam dici potest, hæc priuilegia nihil noui, sed priorum tantum confirmationes continere, quia aperte in priuilegio Ferdi. dicitur confirmirt/ bestetigt vnd von newem verglichen. Proinde etsi cōcedendum esset, tamē hoc locum nō haberet in subsequentibus priuilegijs, Frid. 3. Max. 1. Carol. 5. Ferdin. & Maxim. 2. vt scilicet possint dici omissa ꝑ præscriptionem requisiti temporis, cum nondum ab eorum concessione quatuor anni cōtinui effluxerint, maxime cum hæc priuilegia 27. Octob. Anno 59. in Cam. (Saluo tamē Iure tertij) confirmata sunt per sententiam, & decreti interpositionem.

Quia itaq; non est lis nostra principalis, cuius valoris & effectus sint vel esse debeāt hæc

aqua

noua priuilegia, sed an bene vel male iudicatũ, in huius quæstionis terminis tantisper manendum, donec Comes noua aliqua ratione & processu, nouiter obtenta priuilegia impugnet, præsertim cum ex actis videar mihi colligere, desuper nullam actionem institutam; Sic puto extra petita non esse nobis progrediendum. Arbitror autem, parum nouis priuilegijs nocere, quod lite pendente & sic sub & obreptitiè videatur impetrata. Primò, quia constat aperte ex priuilegio Ferdin. Abbatem in effectu huius litis & controuersiæ mentionem facere. Secundo, etsi verum est lite pendente dicta priuilegia impetrata, tamẽ ex eo nõ infertur, necessaria iuris ratione, ad ea, quæ extra litem sunt, & ex futuro tempore pendent, dicta priuilegia extendi neque posse, neque debere, quod certe, ego tam absolute verum esse non dixerim, vti neque Comes probauit. Quæ cum ita sint, in terminis litis nostræ, & in petitionibus partium præcisè manendo, pronuncio bene iudicatum male appellatum, sine appendice reseruationis, quia ipsimet iudices, à quibus priuilegij ius reseruarunt Abbati, à quo grauamine cum Comes non appellarit, neque etiam caussæ appellationis beneficio vsus sit, dicta sententia merito in vigore manere debet suo: nimirum vt Abbati ratione futurorum actuum priuilegium suum adhuc illæsum & integrum esse debeat, donec in iudicio contradictorio aliud iudicetur. Compensatis Expensis, quia Abbas tales quales caussas litigandi habuit. &c. Saluo.

D. Oberhaupt.

DEuolutam hanc caussam esse cum doctoribus ante me auditis: similiter & de intentione actoris vtriusque instantiæ sentio.

An probarit actor suam intentionem, etsi non plenissime, tamen aliquo modo eam priuilegijs Sigis. scilicet & Caroli Quinti præcipue Ferdinandi probasse videtur, de quo R R.

Verum an Elisa sit illa actoris intentio per Rei exceptiones præcipuus Scopus? Et eam Elisam censeo. Nam priuilegium Sigismundi Abbatem nihil iuuat, quia id generale & respectu omnium iudiciorum, nec specialiter ad exemptionem seu auocationem deß Landtgerichts Marin datum est, vnde etiam in specie eidem Landtgericht non præiudicatur. Præterea huic Abbatis priuil. derogatur per priuilegium eiusdem Sigismundi Anno 1415. Comitibus in specie super Landtgericht zu Marin cõcessum, quia prius datũ & antiquius est, secundum communẽ Doctorum opinionem, qua concluditur, quod primum priuilegium † beneficium seu gratia prima posteriori præualeat, *per text. sing. predia. C. locat. pred. ciuil. & fisc. lib. 11.* Quia causam à principe habet, quod à nemine molestetur, sed tutus sit perpetuo. *l. omnes l. bene à Zenone C. quadrien. prescr.* Nec obstat, etsi posterius proprio motu datum sit, *vt per d. l. predia. Alex. cons. 3. nu. 7. Dec. cons. 287. nu. 7. Curt. iun. cons. 143. per tot.* Quia in † principe tanquam in fonte iustitiæ constans voluntas esse debet. *Rom. cons. 298. nu. 3.* Imo etiam quod magis est, per alterum priuilegium à Sigismundo eodẽ anno 1420. ob bene merita & seruitia ex certa scientia, proprio motu & ex plenitudine potestatis, concessum annullatur, derogatur & cassatur, quicquid imposterum dem Landtgericht schaden bringen möchte. Vnde indubitanter concludendum Imperatorem Sigismundum Comitibus posteriori priuilegio Abbati concesso præiudicare voluisse. Allegatum Ottonis priuilegium ad eam caussam plane nihil facit, similiter & Wenceslai non attendendum. Quia in caussa fractæ pacis Abbatem pro statu Imperij habuimus, prout etiamnum habendus, donec contrarium in Camera per sententeam exemptionis decernatur. Sed Caroli Quinti & Ferdinandi confirmatio & priuilegium nouum, in quo deß Apts Vnterthanen von dem Landtgericht in specie eximit, quod ex certa scientia & plenitudine potestatis cum clausula derogatoria & annullatoria contra Comitum priuilegia concessum est, maximum robur ad fundandam intentionem Abbatis habere videtur, de quo D D. R R. Sed respondeo hic voluntatem & scientiam Imperatoris, magis, quàm potestatem respiciendam & considerandam, quia nonnunquam male instruitur & informatᵉ princeps, & nnnquã p̃sumitur principi aliquid placere, nisi † quod iustũ & verum sit. Et dicit Bald. *l. 1. num. 1. con[illegible] princ.* quod princeps omnes suos actᵘ [illegible]gulari vult à Iustitia poli & fori. *Ias. ibid. num. 3.* Dictos autem Imperatores in impetrandis his priuilegijs male instructos, & falsè informatos ex narratis doctorum priuilegiorum cõstat, tam ex dictis testium, quàm exhibitis documentis, scil. rotulis iudicialibus & Vrtheilbrieff/ manifeste falsum est. Proinde dicendum principes importunitate, † & ex falsis narratis supplicantis circumuentos esse, *gl. l. relegati. ff. pœnis. gl. & dd. l. rescripta. C. prescrib. & Imp. offer c. si. Refer. num. 6.* Præterea iuris est, quod principis intentio talis esse videatur, ne tollat alteri ius quæsitum, quia rescripta eius cum iustitia † & saluo iure tertij intelligenda sunt, ne ius tertij lædant. *l. ex facto vulg. & pupill. Decius. consilio 287. numero 4.* Facit quod

83 84 85 86 87

88 quod rescriptũ cõtra sententiam, quæ † transiuit in rem iudicatam non valeat, *l. fi. C. sent. rescind. nõ posse. C. expositis arbitr.* adeò vt Ecclesia, non obstante tali sententia, non valeat, *Dec. consf. 198. nu. 4 & 7.* Vnde etiam allegatis iuris fundamentis concludendum. Si Impp. instructi & informati fuissent, quod Comites nõ solũ à Sigismundo antecessore, q eandẽ potestatẽ in imperio habuit, cũ clausula añullatoria, cassatoria & derogatoria, quicquid imposterũ dem Landtgericht & alijs eorũ priuilegijs schaden bringen möchte / priuilegiati fuissent, eosq; in possessione & exercitio suorum priuilegiorum, & præcipuè deß Landtgerichts / vltra 100. annos erga Abbatis Vnterthanen in districtu der Landtgraffschafft fuisse, verum etiam pro se habere rem iudicatam, non semel sed sæpius iteratam etiam in contradictorio iudicio (vnde plenissimum ius quæsitum habent) insuper d. Landtgericht ab imperio feudũ esse, sine dubio importunum supplicantem remouissent. Quia Imperator priuilegia non aliter conce-89 dit quam † quatenus preces veritate nitantur, & licet Ecclesia illa nõ expressa sit, tamen tacitè intelligitur *c. sedes. c. si quãdo de resc. l. etsi LL. C. Si contr. ius vel vtil. publ.* Et ipse Imperator † 90 promissa non aliter præstare vult, quam si iusta sunt. *l. f. C si contr. ius.* Taceo quod huius litis pendentiæ Imperatori celata fuerint, quod cum à Dominis latè deductum sit, ad hoc me remitto.

Concludo cum priuilegia Abbatis per sub & obreptionem obtenta sunt, merito Comiti præiudicare non posse, & ipsum Comitem apud ius suum quæsitum tuendum, & proinde sententiam priorem confirmandam. Abbatẽ in expensas condemno, propter quod constat in causa 8. & 9. appellationis priuilegium Caroli V. in causa 1. appellationis sibi nihil prodesse posse. Saluo &c.

Sententia definitiua prima appellationis.

IN Sachen H. Apts vnnd Conuents zu S. Sebald Appellanten eins / wieder weilandt Herrn Johan Friederich vnd Cuno Quirin / Jetzo Herr Adolff Grauen zu Zopfen Appellaten anderstheils ist alle vorbringen nach zu Recht erkandt / daß Richter voriger Instantz wol geurtheilt / vbel dauon Appelliert / gedachte Appellanten in die Gerichtskosten derwegen ahn diesem Käyß. Cammergericht auffgelauffen / Jhme dem Appellaten nach Rechtlicher ermessigung zu endrichten vnd zubezahlen fällig vrtheilendt.

N. Quoad expensas mutatam sententiam propter declarationem D. Oberhaupt / quã supra in suo voto. D. Cairus Retulit.

D. Coper Saluo suo voto Correlulit.

DEC. II. Votum VII.

Idem Actor Herr Conradt Apt deß Gottes-Hauß zu S. Sebald pro interesse, vnnd seine Vnterthanen Conradt Schertzle & Consortes Principal Appellantem,

Contra

Mertin Elserd & litis consorten Appellaten 8 Appellationis, & inter easdem 9 Appellantis.

In caussa Appellationis & de cognitione Iudicis.

SVMMARIA.

1. *Appellatio quæ fit per verba, dico sententiam nullam, est receptissima.*
2. *Sententia viua voce lata inappellabiles sunt.*
3. *Appellationis requisita in Camera & iure communi.*
4. *Lis potest secundum Mynsingerum etiam in scriptis exceptiuis contestari.*
5. *Iudex semper cognoscit an sua sit iurisdictio, etiamsi eius exercitium cognitio spectet.*
6. *Quid si dubium incidat de proprietate.*
7. *Affirmatur iudicium etiam eo casu recte cognoscere, an sua sit iurisdictio.*
8. *Quid si super exceptione præscriptionis & priuilegio exemtionis. & infra n. 15.*
9. *Sententia iudicis nullam iurisdictionem habentis & pronunciantis se competentem, si non appelletur ab ea, transit in rem indicatam, & index iurisdictionem sibi acquirit etiã in principali.*
10. *Priuilegium dicitur subreptitium, quando non concernit deducta in lite, sed fatum.*
11. *Priuilegium datur de fructibus percipientis, male de perceptis.*

12 Reuo-

12 *Reuocari expresse quia non possunt, multo minus tacite.*
13 *Priuilegium sine caussa nō reuocatur, etiamsi subdito concessio facta foret.*
14 *Feudum sine caussa reuocari nequit & n. 22.*
15 *Iudex quando & quibus casibus cognoscat an sua sit iurisdictio, quibus non.*
16 *Iudex non cognoscit quando exceptio suggillans famam iudicis apposita fuerit.*
17 *Iudicis recusatus processus non est ipso iure nullus.*
18 *Dubitatio que non potest principaliter pronunciari et iudicari priuilegio & exemptionis.*
19 *Sub & obreptio ipso iure vitiat concessionem gratiae.*
20 *Contra Ehehafften deß N. Hoffgerichts an quis priuilegiari possit.*
21 *Priuilegium remuneratorium factum subdito principi absque causa reuocare nequit.*
22 *Iurisdictio concessa per contractum, nec a principe nec a successoribus reuocari potest.*
24 *Immutans aliquid lite pendente in expensas condemnandus est, etiam iure canonico.*

IN NOMINE
Domini. Amen.

D. Helfferich Referens.

CIRCA deuolutionem maximè in causa nouæ appellationis deductum dubitatum. Primum an per haec verba dieweil ꝛc. fuerit appellatum. Secundo, an ab incontinenti subsecuta refutatione appellationis iterum appellare debuerit.

Quo ad primum puto illa verba æquipollere vulgaribus illis, *dico sententiam nullam*, & 1 si qua est appellatio, qui † modus appellationis in praxi receptus est *secundum gl. & dd. l. 1. C. quando prouoc. non est necesse. Vant. quot & quibus modis. nu 11. Dec c ad audientiam. nu 34. in pr. Appell.* An appellatum sit ex circumstātijs & effectu rei ipsius, colligendum, non captanda verba, & in dubio pro appellatione.

Secundum plus dubij habere videtur pro- 2 pter ius commune, quòd tales sententiæ † viua voce inappellabiles sint. *Mynſ. cent. 2. Obſ. 49.* Sed cum ex stylo Cam. eiusmodi sententiæ habeantur pro interlocutorijs, vim definitiuæ saltem habentibus, & secundum ordinat. viua voce appellabilibus, videndum superest, an dicta theorica etiam in hisce habeant locum, quod scilicet iterum sit appellandū. Et licet Ferrar. *in form. respōd. iudicis a quo §. statuit*, ex † Iacobo Butrig. tale quid innuere 3 videatur, protestandum scilicet. &c. Sed ordinatio nostra nihil horum exigit, Apostolorū petitionem appellantibus expresse remittit, & hoc tantum doceri vult, formaliter esse appellatū, vel in scriptis, vel viua voce. Ius commune rigidius quidē exigit appellationis intimationem, & Apostolorum petitionem. *c. Cordi. c. Romana appel. in 6. Vat. ex de null. ex def. Iurisd. nu. 89.* Iudicis a quo delationem seu refutationem cum expressione causæ. *l. sciend. de appellat.* Quod autem & huiusmodi refutatione, vel non receptione, specialiter sit appellandum, nullibi puto expressum, & cōtrarium innuit. *q. 5. appel. recip.* Notatur quidem ad *l. 1. C. quor. appell. non recip.* Si Iudex respuat in continenti appellationem, posse tunc appellari. Sed hoc propriè pertinet ad iudicem appellationis, cuius est cognitio, vtrum iusta vel iniusta fuerit appellatio, an deferendum fuerit an non. Doctrina Innoc. c. *pastoralis nu. 5. de officio deleg. per Maranth. & Mynsing* restringitur ad interlocutorias. Igitur à contrario sensu in definitiuis non idem iuris. In illis enim, *vt supra dictum*, appellatum sufficit. *gl. d. l eius. 5. appel. recip.* vt plus actum, quàm scriptum. Quod conijcio ex eo, quod in tribus similibus causis inter easdem circa appellantem eadem penè verba sint posita. Ponit passim Abbas, citatos principes etiam appellasse. Et fatetur hoc Comes in except. de quo tamen nullatenus constat ex actis: desertionem Comes non vrget, & quia sententiæ, à quibus meo voto erint confirmandæ, etiam desertionem veram non attenderem, sed super meritis pronunciarem.

Quo ad merita.

PRocuratoria esse sufficiētia, Abbatis styl. & Comitis, nullitates duæ videntur commissæ ex parte Comitis, lis in hac instantia nō est verbaliter contestata per Abbatem in scriptis, & verbotenus est contestata in grauaminibus, & in recessu 24. Anno. 55. per Comitem verò † in scriptis tantum except. quod putat 4 sufficere Mynſ. *Sing Cent. 4. obſ. 61.* Quia de effectu & voluntate partium cōstat ex productis postea subsecutis: Contestatā esse vtrinque fatentur in productis.

Secunda nullitas est circa iurisdictionem, quam vrget Abbas, primo loco in grauaminibus, Sed & hanc saluari posse puto.

Pronūciatū enim sup exercitio iurisdictionis tantū non super priuilegio & proprietate ipsius iurisdictionis, vt rectè fatetur Abbas in replicis siue in puncto supplicationis pro inhibitione, quicquid iactet Comes, in prima instātia deductam esse etiam priuilegij nullitatem. Puta in prima instantia plura esse cumulata ad vnum effectum, manutenentiā scilicet veteris iurisdictionis: priuilegijs contrarijs, quorum vires impugnabantur, non attentis quantum ad possessionem, secundum omniū iudiciorum ordinem, in similibus causis, præsertim cum Abbate suos subditos vigore priuilegio-

uilegiorum suorum, ipsosq; subditos, scilicet, principaliter citatos pro actoribus, quo ad hác caussam, Comitem vero, eiusque officiatos, opponentes se Abbati auocanti, habeam pro Reis; Landtgericht vero pro iudice ordinario, competente & cognoscente, an sua sit iurisdictio, non attenta extraiudiciali per eos emissa contra protestationem, inconsiderata & superflua propter suspitionem inde causatam. Si enim vel propter superioritatem Comitis, tanquam Domini immediati des Landtgerichts/ vel partialitatem aliquam suspecti fuissent Abbati, legitime recusandi erant, statim post insinuationem priuilegij, quod quia non factum, imò sæpius submissum in puncto remissionis, versamur in terminis regulæ generalis, iudicem semper † cognoscere, an sua sit iurisdictio. *capite cum persona priuileg. in 6. leg. ex quacunque 2. Si quis in ius voc. non erit &c. l. si quis ex aliena iud.*

5

De exercitio iurisdictionis sine dubio & secundum omnes quilibet cognoscit. Sin † autem dubium de iurisdictionis proprietate incidat, propter priuilegium exemptionis, non conuenit, inter Dd. vtrum sua sit cognitio. Alij aiunt, alij negant. Verior mihi videtur eorum opinio quæ stant pro † iurisdictione, iudicem etiam eo casu recte cognoscere, an sua sit iurisdictio. *per c. super literis Refer. & d. c. cum persona. priuileg. in 6.* quod † permittit illi cognitionem super exceptione præscriptionis. Et fatetur *Fel. c. super literis. nu. 24. rescr.* limitationem suam quartam dubiam esse. Decius autem ibid. *nu. 4. & c. ad audientiam, de appell.* etiam allegato priuilegio exemptionis cognitionem relinquit iudici, nisi recusetur. Imo in genere in casibus exceptuatis tradit, cognitionem iudicem retinere, nisi recusetur. Imo & in fortioribus, si nullam penitus habeat Iurisdictionem, & pronuntiet se competentem, nec appelletur, sententiam † transire in rem iudicatam, & iurisdictionem sibi acquirere etiam in principali l. *Barbarius officio pretoris. Panor. c. ex parte Decani & c. super literis. rescript.* In sententia à qua, nulla fit virium priuilegij mentio, & vt aliqua fuisset facta, non attenderem, cum propter merita tales sententiæ meo saltem voto veniant confirmandæ, *Secundum Vant. t. vlt. nu. 132.* Etiamsi sit sententia nulla propter defectum iurisdictionis, tamen confirmari posse. Sed hic maneamus in regula, à qua nō recedendū, nisi debeamus expressos text. concl. nec hanc nullitatem attendendam.

6 7 8 9

Quod attinet ad actionē, probationē, & elisionem, repeto inprimis vota nostra in caussa appellationis, vbi merita etiam similium caussarum sufficienter tractata sunt, quibus etiam, quod addā, parū aut nihil habeo. Quia tamen Abbas priuilegia nouissima in futurū saltem omnimodo valitura existimet, (prout etiā Caroli V. priuilegiū in futurum conceptum est,) propter expressam mentionem exemptionis à Marino Landtgericht/ & prægnantes eorū clausulas, iterum de quibusdā aliquid est dicendū.

In primis nullam facio differentiam pagorū vtriusq; caussæ 8 & 9. appellationis, sed & præsuppono, omnes istos pagos in dominijs Rosenbach & Falckeneck, & sic in districtu des Landtgerichts, situatos: nullā facit differētiam ipse Abbas, districtus probatus *in c. 1.* appellationis possessio & subiectio antiqua similiter probata, & ꝓ ijs præsupponunt priuilegia ista.

Frustra enim & superflue eximerentur non subiecti Domini soli. Abbas & Comes nunc contendunt de priuilegij citati nouissimi viribus: die Bawren fere omnes mortui, null' eorū amplius in lite, cōsentientibus vtrinq; Dominis: tacitam litē pendere nō amplius negat Abbas, sed nihilominus in futurum saltem valitura contendit, quod colorem habet. Notat enim Doctores, priuilegium non dici † subreptitium, quando non cōcernit deducta in lite, sed futura: examplificant de præceptis fructibus male, & dicunt, ꝙ detur † priuilegium de percipiendis. *Fel. c. 1. Refer. nu. 14. Innoc. c. fin. vt lite. pend. &c.* Quod etiam finita lite valere potest. Pro tempore futuro principaliter præiudicare posse contractui feudali, secundū quosdam notat Gabriel. *lib. 3. de Iure quæsit. non tol. conclu. 5. n. 41.* Sed Gabriel ibid. mox contrarium subijcit. Ego supra dictā doctrinam Fel. locum habere puto, si priuilegium lite pendēte impetratum, alias ita firmum, validumq; sit, vt de viribus eius nullatenus ambigi possit atque ita cum Panor. intelligo Innocēt. c. Et teste Abbate, communis opinio in genere est rigidissima, scilicet, quando lis fuit decisa contra impetrantem: (vt in caussa primæ appellationis per nos factum est,) non posse de nouo incipere, & priuilegio vti, *per eundem Innoc. & communiter omnes,* quem vigorem Abbas ibi mitigat.

10 11

Sed quo minus illam Abbatis distinctio hic locum habere possit, obstant effectus inquisitorum, ibidem. per Abb. p[illegible]torū, quod etiam in priori meo voto attigi.

In primis vero priuilegijs nouissimis obstare videtur, litem illam primam adhuc pendere nec ante discussam dici posse, quā vel lata sententia, vel instructa per renunciationē tacitā possessio antiqua, *secundum c. de persona, de priuileg. in 6.* Iurisdictionem des Landtgerichts/ non competere Comitibus ex generali priuilegio, sed specialissimo remuneratorio cum clausulis derogatorijs, cassatorijs, cuius priuilegij specialem mentionem factam oportuit.

Nec illis obstat clausula generalis, *non obstantibus &c.* propter irreuocabilitatem primi priuilegij, propter transitionem in contractū,

de qua supra in votis 1. appellationis, & cum reuocari † non potuerit expresse, multo minus tacite. *Fel. d. c. 1. nu. 3. 10. 11.* Landtgericht Marin / scilicet, duplici iure competere Comitibus, ex priuilegio, scil. remuneratorio, & contractu feudali, quorum neutrum sine grauissimis caussis tolli & aufferri potest. De † priuilegio sine causa non reuocado videri poterit Gabriel. *d. 1. lib. 3. cōcl. 6* vbi ampliat, etiāsi subdito foret concessio facta *nu. 15. & 19.* quod etiam in iurisdictionalibus pcedere puto, eatenus vt saltē digna cōpensatio subdito danda vel facienda sit. *Gabriel. ibid. conclus. 2. num. 25.*

De † feudo nullum dubium est. *c. 1. de feudo sine culpa non amit. Gabriel. d. loco. conclus. 5. nu. 30. 33. 35.* vbi ampliat, *secundo vt ibi, & in 26. ampl. 3.* vt etiam nec feudi conditiones princeps sine caussa alterare possit. Abbati propter horum omnium omissionē non deficiūt necessaria, ad validandum priuilegium obtentum; etiam in futuris casibus deest vel desideratur voluntas & intentio cōcedentis; cessant caussæ tribuētes Imp. facultatem adimendi restringendiq; iuris quæsiti. Imo tantū abest, vt tertio quicquā præiudicatū voluerit, vt inconsuetam quidē derogatoriam clausula specialem priuilegijs nouissimus non inseruerit, sed eius loco opposuerit, reseruationem iuris alieni. Et vt de facto etiā motu proprio reuocasset iura Comitum, attamen quia ea per supra d. illæsa seruata oportuit, præsumeretur, deceptus tam patenter, vt contrarium probari non possit. *Mynf. cent. 4. obs. 61. Gail. lib. 1. obs. 14. nu. 6. & 7.* Hic accedit præiudicium Imperij, propter interuersas, & alio deriuatas appellationes, contra præsumptam Imp. mentē, & expressam literam priuilegij. Concludo, cū ob tacita in prioribus votis, & supra dicta, & suggesta falsitate, cesset non tantum mens & intentio concedentis, sed, stantibus specialitatibus iurium Comitis & Imperij, ipsa imo potestas. Si de voluntate constaret, in disceptationem venire posset, per supra dicta priuilegia nouissima tanquam sub obreptitia, & per consequens ipso iure nulla, & contra quæ lis prima etiamnum pendens, concordantibus votis decidenda est, attendi nec posse, nec debere, sed pronunciandum simpliciter secundū petitiones Comitis, bene iudicatum, male appellatum, cum expensis, secundum regulam, *victus victori &c.* & notoriam nullitatem nouissimorum priuilegiorum. Non refragabor tamen, si ex æquitate, nescio qua, propter coloratum priuilegiorum Impp. prætextum domini putarent, eas compensari posse. Super puncto inhibitionis hoc ipso iam pronunciatum est, *d. c. cum persona*, & si res adhuc esset integra, deneganda foret inhibitio, & manu tenenda antiqua possessio. *c. 1. & c. f. vt lit. pend.*

D. Rosencrantz *Correfer.*

Quo ad deuolutionem cum Refer. nouæ, scilicet, causæ. Quo ad procuratoria singulorum consortium, non puto scrupulosius inquirēdum, vtrum adhuc in viuis, vel an heredum nomine procuratores legitimati sunt. Cum procurator Abbatis in recessu 4. Octob. Anno 59. Quoad litis contestationem cum Ref. propter confessionem partium hinc inde, quæ habent litem pro contestata.

Altera nullitas, quam Abbas vrget, & desuper expresse pronunciari petit, quasi ab incompetenti iudice, maioris est momenti. Constat ex vnanimi Legistarum & Canonistarum opinione iudicem † cognoscere posse, an sua sit iurisdictio. *c. super literis Refer. c. cum per priuil. in 6.* vbi & de priuilegijs & præscriptione exemptorum ordinarius cognoscit. De priuilegijs inquam, saltem aliquo modo, *vt gl. in d. c. cum personæ, verbo integraliter.* Eo etiam respectu de priuilegio exhibito cognoscit ordinarius, vtrum per se sit sufficiens ad exemptionem, an vero caussam præscribendi tātum præbeat. Quod vero non solum possit, sed & debeat omnino iudex expresse pronunciare, an sua sit iurisdictio, quotiescunque per exceptum obiectionis denegatur iurisdictio, tradit Grammat. *decis. 65. nu. 81. 82.* Hæc autem regula pluribus fallentijs à Fel. restringitur. *d. c. super literis, verbo non sua sit iurisdictio. num. 18.* quarum quarta & sexta ad nos potissimum pertinent, quando nimirum nō solum de exercitio, sed etiam de proprietate subiectionis agitur. Item, quando iudex se ingerit, tenendo opinionem partis, quæ stat pro iurisdictione. Quoad priorem fallentiam non simpliciter insistit. Fel. dicto c. sed dubiam dicit, ponderando ad id text. *d. c. cum personæ*, vnde expresse requirit recusationem, restringendo Angelum simpliciter loquentem. *l. 2. si quis in ius voc.* Quoad alteram fallentiam nimirum sextam fundat se in gl. *statum extra de Rescr. in 6. verbo copia.* Si iudex constituit se aduersarium, non cognoscit. Et ibi addit, quod iudex cum parte contendens, non pronunciat se competentem, & alia add. ad *gl. verb. ordinarijs. d. c. cum personæ.* Idem firmat consentitque Innoc. *c. ex parte de verb. sign. & omnes d. c. super literis.* Ipse tamen Fel. de hac fall. dubitat. Abbas videtur respicere ad hæc iura, dum contendit, per protestationem iudices à quibus sese aduersarios constituisse & ingessisse: præsertim cum protestatio fuerit extraiudicialis: & videntur processisse vt priuata persona contra Abbatem in puncto protestationis, vnde postea non potuerit redire ad cognitionem iudicialem, tanquam inhabiles, *prout not. Fel. d. fall. 6.* allegans *ad id. gl. c. ex conquerente de Rest. spol.* Verum ego,

ego, protestationem illam, licet extraiudicialem, non eo possum referre. Longe enim alia ratio est eius, quod Fel. *d. l. gl.* refert, vbi nimirum iniustè per spoliationem Iudex extraiudicialiter partem grauauit: nostra protestatio contrarium intendit, nimirum se neutri parti velle adhærere, sed pronunciare tanquam iudices verbis dictæ protestationis, etwas vnerhört guttes oder bößes erkennen. Et quod dicunt, se tacendo nolle approbare priuilegium, non inde colligitur, eos nimis proprie improbasse. Pugnant enim d. verba præmissa & sequentia, dum dicunt, sie wöllen recht richten.

Nec etiam obstat iudicibus, quod vrget Abbas coram actis, officiales Comitum dixisse, sie wöllen Landtrichter vnnd Vrtheilsprecher so viel müglich handthaben: quia ideo non pro parte illa Comitum declararunt intentionem suam, prout in simili tradit. Ias. *l. solet. in iurisdict. num. 1. & 3. de aduocato partis qui postea index fit*, cuius sententiam ita demum nullam esse dicit, si voluntatem suam consultus parti declarauit, aliâs secus. Deinde ita demum talis sententia nulla est, si recusatus sit. Hic non annuerunt iudices Comitibus, nec etiam Abbati, post vtrinque protestationem eos recusauit, sed plures etiam ex interuallo de nouo submisit in puncto promissionis. Vnde nec prima fallentia Fel. locum habet, qua 16 tradit, Iudicem † non cognoscere, quoties exceptio sugillans famam iudicis apposita fuerit, quia & illo in casu recusatione opus est, *vt ibi Fel. & text. expressus. c. Iudex ab Apostol. off. delegat. in 6. & ibi gl. verbo opponitur inf.* Imo etsi recusetur Iudex, valet processus de consensu recusatoris. *text. ibid.* nisi de recusatoris procedat assensu. *Ibid. gl. verbo recusatoris & ibi addit. facit opinio Innoc. & aliorum,* 17 qui iudicis etiam recusatum † processum non volunt ipso iure esse nullum, de quo Gabriel. *lib. 2. Iudic. concl. 5.*

Pro Coronide addo, quod Innoc. *d. c. ex parte verb. sig.* processum illius iudicis, qui se aduersarium constituit, non simpliciter annullat sed ita demum, si côuentus vere sit exemptus, vnde & ipsius caussę exitu hoc totum est existimandum.

Antequam ad merita caussæ descendam, videndum an circa ipsum ius priuilegij & exemptionis principaliter pronûciarint iudices 18 à quibus, quod non debere fieri † dicit Innoc. *d. loco.* Abbas ipse in replicis in puncto inhibitionis negat principaliter cognitû super priuilegijs. Comes è contra in duplicis contendit: de ipso priuilegio dicit disputatum, nô tamen asserit pronunciatum.

Si verba sentêtiæ inspiciamus, remissio fuit denegata tanquam contraria priuilegijs Comitis, & præscript. & rebus antea iudicatis, iubentes partes non obstante petita remissione procedere, qua in re nihil aliud agunt, qua q̃ possessioni suæ titulatæ inhærêt, *iuxta d. c. cum personæ. & c. 1. vt lit. pend.* De priuilegijs Abbatis nullum verbum. Iam igitur æstimandum, vtrum competentes iudices sunt Martinens. contra Abbatis subditos in dominijs Rosenbach & Falckeneck habitantes.

Abbas in hac caussa fundat se in priuilegio Caroli V. quod vt nô præiudicare liti ante pêdenti, nec etiam ea intentione improbatum esse, expresse fatetur, ita in futuris casibus firmum & validum censeri maxime contendit.

De iuribus in iam caussa deductis non opus est hic multa verba faciamus.

De hoc priuilegio vltima quæstio, vtrum hoc probarit intentionem suam Abbas? Videtur quidem propter expressam mentionem, des Landtgerichts Marin / sed aduertêdum hic de † opposita sub & obreptione, quæ ipso iure viciat concessionem gratiæ. 19 *Menoch. lib. 2. arbitr. casu 201. num. 2.* Vnde quatenus obreptio manifesta est, ne probatur quidem intentio.

De obreptione autem satisdictum in caussa primæ appellationis à Dominis.

Ego hoc tantum, quod ad litis pendentiam, & rem iudicatam, subinde Abbas replicat, breuiter discutiam. Constituit nostræ caussæ terminos ita, quasi neutrius opus fuisset mentionem fieri, non magis, quam si centies iudicatum esset in curia Rechensi contra subditos alicuius domini, & is tandem impetraret priuilegium, vt quotidie fieri videmus, eo quod accumulat exemptionem de immunitate vectigalium notoria obseruantia p.p. & statuum est contraria.

Quod autem ad Rechenses exceptiones, côfirmari videtur illud Abbatis, simile omnibus illis iuribus, quæ de iurisdictionalibus facile concedendis, & rursus tollendis à partibus, disputata sunt à dominis. Verum ex circumstantijs facti, & caussæ nostræ, aperte côstat, diuersissimum esse ius iudicij illius prouincialis, & Recheusis, qua ius vt in hoc quidem simpliciter sit expeditum, quouis modo quem suis eximi posse. Nam & in illis exemptionibus de cursu priuilegiorum, de proprietate & probabilitate caussarum, quibus Imperator ad eximendum mouetur, præsertim vero circa Ehehafften des Rechtischen Hoffgerichts / quarum plures sunt, quæri solet, an contra illa priuilegiari quis possit, vt in caussa Episcopi Argentin. me Ref. memini disputatum, vbi nisi antiquius fuisset priuilegium Episcopi contra Ehehafften / nouissimo Max. priuilegio, quod Rechtensibus dederat, ne nimirum valeant priuilegia in futurum côtra

tra Ehehafften / succubuisset Episcopus. Primo, quod iam inde ab Anno 1401. duplici iure priuilegij, & feudi, das Landtgericht concessum fuit Comitibus, & in inuestitura Rupert. Cæs. mentio fit, quod eodem iure habeant, quo maiores. Postea à Sigismundo 1415. per viam priuilegij ita quidem concessum, vt iubeat remittere ad auocationes, quamuis ne id quidem simpliciter, sondern wie Landtsgericht gewohnheit vnnd Recht ist/ quod ipsum ex immemoriali consuetud. dicti iudicij, & in ijs, quæ postea subsecuta sunt, statuendum est. Nam idem Sigism. Anno 1420. remuneratorio priuilegio irreuocabiliter Comiti Christiano, & ijs heredibus dictum iudicium ita concessit, vt specialiter deroget omnibus in contrarium à se concedendis. Idemq; Sigismundus eidem Christiano postea 1435. & sic biennio post priuilegium, (quod Abbati idē Sigismundus concesserat,) cōfirmat priuilegia sua in omnibus suis clausulis, vt ꝑ specifice insertis habeat, ꝙ in caussa primæ appellationis fuit productum.

Et rursus biennio post, idem Sigismundus Anno 1437. filijs Comitis Christiani duplici iure, priuilegij & feudi, dictū iudiciū rursus cōcessit, ꝙ productū in caussa fractæ pacis. Subsequēs etiam Imperator, Albertus quidē nomine priuilegij: Frid. vero 3. Max. 1. Caro. 5. Ferdin. & Max. 2. duplici iure priuilegij & feudi d. Landtgericht/ Comitibus cōcesserunt, vt in caussa fractæ pacis primæ & quartæ appellationis deductum est.

Iam iuris notissimi, quod priuilegium re-21 muneratorium factum subdito absq; † caussa princeps reuocare non possit, *Gabriel l. 3. iure quæs. non toll. concl. 7. num. 2.* De feudali vero concessione sine caussa nō reuocanda, neq; ex 22 plenitudine † potestatis, & neque quoad conditiones, idē eodē loco. *nu. 33. & seq. concl. 5.* Et 23 in specie, quo ad iurisdictionē † concessam per contractum, quod nec à principe, nec à successoribus reuocari possit. *nu. 6.* Item, quod caussa non præsumatur, si princeps disponit contra vasallum, cui ius quæsitum. *Idem d. l. concl. 3. nu. 14.* Neque hoc iuuat, quod subinde vrget Abb. in hoc genere cōtrouersæ iurisdictionis, quod caussa reducatur ad antiquum statū iuris cōmunis, quo casu etiam sine caussa princeps tertio præiudicare potest. *Gabr. d. l. concl. 1. nu. 28.* Quia secus, vbi competit ius ex contractu, *vt d. concl. 3.* Imo, ne iuri quidem quærendo, ex contractu facto cum principe, præiudicari ab eodem potest. *d. concl. 1. nu. 32.*

Deinde, quod ad districtum differt Landtgericht à Rechtensi. Non enim in districtu iurisdictionali Rechten iudicij aliæ prouinciæ sitæ sunt, eodem modo t. h. sed subditi Abbatis in pluribus alijs casibus iurisdicabiles sunt d. Comiti, alß deß Landts Graffen in regalibus & fiscalibus iuribus, etsi Comites ius territorij habent, cum Rechtensis iurisdictio sit sine iure territorij. Præterea accedit bis res iudicata de Anno 1448. quo tēpore omne ius Abbatis in iudicium deductum, & in genere pronunciatum, vnd sollen hinfuro alle Vnterthanen/ præseruato, quidem petitorio ex priuilegijs prætenso. Sed & id, quinquagenaria postea, non tantū taciturnitate, verū etiam pluribus contrafactionibus Abbatem, & alijs rebus contra auocationes denuò iudicatis, consumptum, vbi nō eo modo res indicatas intelligo, quo si quis annis aliquot contra subditos suos Rechtenses iudicare passus fuisset, & nihilominus eximi posset. Sed cum ipsum ius exemptionis principaliter controuertitur, & desuper pronuncietur, non quoad nostrum casum, sed generaliter, vnnd sollen hinfuro alle ꝛc. quod etiam in priori voto meo ponderaui, vbi ex c. *postulasti & ibi not. refer.* adduxi, de omni notabili clausula mentionem esse faciendam in posteriori derogatorio, nec de eo tantum, quod principem mouere posset, ad non concedendum, sed etiam ad difficilius concedendum, ad quod ponderant DD. verbum *deleui in d. c. postulasti.* Iam si priuilegium Caroli V. inspiciamus, tacendo he his, quæ de obreptione à dominis iam antea multipliciter disputata sunt, illud puto maximum, quod vltimo tandem mouit Comes de transact. tacita de Anno 1512. quam Terræpotētes ipsimet inierunt inter Sebald & Zopfen in qua expressis verbis ponitur aliquoties, daß die Herrschafft Rosenbach & alij pagi Abbatis in der Landtgraffschafft Marin gelegen/ Item quoad Comitem alß Landts Graffen / pertineant die Landtsgeting vnnd Richtssteuwer / & homagia & alia iura super eisdem. Item quod absolute in eadem transactione ius prehensionis, seu captiuæ in pagis Abbatis Comitibus assignatur.

Qua fide ergo potuit Abbas contra manifestam hanc transactionem ab Imp. petere, vt subditos suos eximeret à iurisdictione Comitis, quoad, Leib / Ehr / vnnd Guet. Cum in omnibus hisce Comes ex dicta transactione partim concurrentia, partim potiora iura in dictis subditis habeat. Vnde vel ex hac caussa puto priuilegium obreptitium.

Pondero, quod in priuilegio Caroli V. nec generaliter, nec specialiter derogantur, abrogantur Comitis priuilegia, & clausula reseruatoria in dicto priuilegio vtcunque intelligatur saltem quoad ius superioritatis Imperij, quam habet respectu der Landtgraffschafft Marin / & expresse reseruatum, & quoad ipsum ius Comitū: sicut per generalē hanc reseruatoriam forte dici possit, nō quod vis eorū intel-

intelligi reseruatum, cum in specie contra Marin sit dispositum, ne verba fiant inania.

Itaq; rursus illud certum est, saltem res iudicatas & transactionem & litis pẽdentiam in Cam. tanquam singularissima iura per hanc clausulam, imo illa quoque non opposita, de iure communi manere illibata. Puto pronunciandum, bene iudicatum, male appellatum. Ab expensis vix possum liberare Abbatem, cum videam in toto hoc negotio bona fide esse versatum, mouebor tamen eo, quod & inepte, & non sine suspicione iudices à quibus extraiudicialiter protestati sunt, ita vt si recusati fuissent, eo casu tolerabilior caussa Abbatis fuisset futura. Saltem quoad hunc effectum, & hanc sententiam, puto etiam esse cõformem interlocutoriæ in prima caussa latæ. Compensatis expensis.

D. Oberhaupt. Compensatis expensis cum RR.

D. Cairus. Cõcludo simpliciter cum RR. Quia malitia sua ipsi patrocinari non debet. Colligo enim ex tacita euidenti re iudicata, nec ignorata litis pendentia & expressa in impetratione priuilegij falsa contraria sua possessione, cuius tamen nunquam in vsu fuit, & maxime propter id condemno eum in expensas, quia alias impetrans rescriptum obreptitium, sit condẽnandus in expensas, si ab hoc vexet alterum, vel coegit aduersarium laborare, *c. caterum*, *ibi gl. f. & Cardin. Zabarella in s. not. de rescr.* etiam notat pulchre *Host. in* 24 *summa vt lit. pend. in f.* volens eum, qui lite † pendente aliquid immutet in expensas condemnandum, etiam iure Canonico.

D. Eissenhart. Cum DD. RR.

D. Lopez. Ego quoad nullitates, cum DD. RR. ante me. Quo ad expensas cum D. Corref. Quoad merita repeto votũ meum in caussa primæ appellationis, donec hæc caussa auocationum decidatur.

Definitiua.

In Sachen S. Sebald/ wieder Zoypsen octauæ appellationis/ Ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß durch Richter voriger Instantz wohl geurtheilt / vbel dauon Appelliert/ die Gerichtskosten derwegẽ auffgelauffen/ auß bewegenden Vhrsachen gegen einander compensierendt vnnd vergleichendt.

Definitiua inter easdem 9. Appel.

In Sachen S. Sebald/ wieder Zoypsen nonæ Appellationis. Ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß durch Richter voriger Instantz wohl geurtheilt/ vbel dauon Appelliert/ die Gerichts kosten derwegen auffgelauffen/ auß bewegenden Vhrsachen gegen einander compensierendt/ vnnd vergleichendt.

DEC. II. VOTVM VIII.

In Caussa Altkirchen/ *Contra* Schwartzthurn.

De potestate Regis Romani, an & quatenus Imperatore absente beneficia conferre posit.

SVMMARIA.

1. *Actio quasi confessoria datur vsufructuario contra quemcunque possessorem.*
2. *Vsufructuarius habito respectu ad ius, quod habet in re, dicitur dominus ipsius.*
3. *Actio quasi confessoria datur nõ solum pro iure pascendi, decimandi, verum etiam pro solutione tributorum.*
4. *Vsufructuarius potest ius suum in alium, etiam sine Cæsaris consensu transferre.*
5. *Cedens non potest plus iuris in cessionarium transferre, quam ipse habuit.*
6. *Vsufructus morte finitur.*
7. *Vsufructuarius quando alienat simpliciter vsumfructum, censetur potius alienasse commoditatem vsusfructus, cui dominus fuit, quam ipsum vsum fructum.*
8. *Refutatio feudi inuitis & dissentiẽtibus agnatis facta, tandiu valet, quandiu viuit ipse cedens.*
9. *Datoris iure resoluto, soluitur ius acceptoris.*

10 *Feudum est species vsufructus.*
11 *Vicarius Imp. tantum potest, quantum Imperator.*
12 *Rex Romanorum est vicarius Imperatoris. Rex Romanus an possit aliquid cōfirmare & de nouo concedere in praiudicium priorum Imper. Vicarij principum eandem habent potestatem, quam princeps ipse.*
13 *Vicarij principum in duplici sunt differentia.*
14 *Archidiaconus vices Episcopi absentis aut impediti sustinet legit auctoritate.*
15 *Appellari non potest a sententia Archidiaconi ad tribunal Episcopi.*
16 *Administratores publici omnes à lege liberam administrationem habent.*
17 *Rex Romanus omnia potest absente Imperatore, quæ Imperator ipse: & eius gesta sic cōprobantur, ac si a Cæsare gesta essent. & nu.*
18 *Concessio principis prima vel donatio prævalet posteriori.*
19 *Caussam habens à principe, à nemine molestari debet.*
20 *Princeps non potest rem vni donatam, eandē postea alteri donare.*
21 *Princeps debet esse immobilis, sicut lapis angularis, & sicut polus in cœlo: debet habere vnū calamum, & vnam linguam: in eo debet esse cōstans voluntas.*
22 *Contractus cum principe est nullus, si pendet reuocatio & substantia eius, ex sola eius voluntate.*
23 *Dispositiones principum debent esse ab omni malitia remotæ.*
24 *Priuilegia antiqua debent reuocari, non perimi.*
25 *Princeps eo ipso, quod dat vel donat, transfert dominium rei donatæ sine traditione.*
26 *Actio confessoria contra solum etiam impedientem datur.*
27 *Regis Romani potestas non se extendit ad patrimonialia Cæsaris, vt de ijs pro arbitrio suo disponere possit. & nu. 38.*
28 *Rei suæ, non alienæ quilibet moderator & arbiter est.*
29 *Mandatum quantumcunq; cum libera non extenditur ad contractum donationis.*
30 *Donatio est extra administrationem, nec ad eam pertinet.*
31 *Administratores rerum publicarum, præsides prouinciarum, rectores ciuitatum, defensores, tutores, & curatores, donare nō possunt: & quādo possint, & qui nu. 35.*
32 *Donatio non venit in generali mandato Reipubl.*
33 *Donare est perdere.*
34 *Tutores regis vel illustris personæ donare possunt.*
37 *Rex Romanus potest omnia ad iurisdictionē & vtilitatem Imperij pertinentia exercere, omniaq; ea, quæ sunt de reseruatis Imperatoris, expedire.*
38 *Secus habet in patrimonialibus Cæsaris, & bonis ad mensam eius spectantibus.*
39 *Paria sunt non esse, & non apparere.*
40 *Antecedente nullo, corruit quoque consequens.*
41 *Confessionibus, quibus ius & natura repugnant, standum non est.*
42 *Conuentiones iuratæ non præiudicant tertijs.*
43 *Conditio iniqua alteri per alterum inferri nō debet.*
44 *Procurator vel administrator cū libera potest saltem renunciationis caussa donare. Contra nu. 46.*
45 *Donatio renumeratoria impropriè donatio est.*
46 *Princeps sine caussa & cum caussa potest alicui auferre rem suam, quam ipse donauit.*
47 *Clausula, ex plenitudine potestatis habet vim clausulæ derogatoriæ ad omnem legem contrariā & habentem clausulā derogatoriam.*
48 *Priuilegium reuocatum amplius allegari non potest.*
49 *Iudex de qua re cognouit, de ea etiam pronunciare debet.*
50 *Victus victori in expensis condemnatur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

SINGVLARITER not. *I. dilecti extraiudic.* ita actionis genus inuestigandū, ne ipsam veritatem amittamus. In præsenti igitur, quod ad actionis genus, parum referre puto, quo genere actum sit, publiciana, an vero quasi confessoria. Vtraque enim in rem scripta est *t. t. publ. in rem act. l. eum qui. §. 1. eod. tit. & t. t. si seru. vend. §. æqui. inst. act.* Sed quoniam hic de vsufructu census litigiosi controuertitur, quasi confessoriam † rectius intenta tam existimarem, cum ea etiam vsufructuario contra quemcunq; possessorem detur. *l. 2. §. fi. si seru. vend. Bartol. ad Rubr. C. vsufr. nu. 1. & 2.* vbi dicit, quod vsufructuarius habito respectu ad ius, quod habet in re, dicatur † dominus ipsius, & ideo dētur ei actiones reales confessoria & negatoria, quæ domino competunt *d. l. 2. si seru. vend. Idem tradit Bald. ad l. rubr. C. vsufr. Soc. cons. 1. num. 14. vol. 4.* Quod autem actio confessoria † competat non solum pro iure pascendi, decimandi, verum etiam pro solutione tributorum, & id genus iuribus tradunt: *Bald. l. 1. num. 6. si cert. pot. Fab. §. æqui num. 3. & ibi Ias. num. 34. inst. act. Schurff. cons. 69. nu. 12. & cons. 48. cent. 1. Guido. decis. 148 per tot.*

An probata?

Quo-

QVoniam partium Iura plenissime hinc inde deducta sint per Doc.consulentem, paucis me expediã. In duobus autẽ potissimũ actor fundare se videtur. I. In cessione siue admissione Palmbaums. II. In confirmatione & noua quadã Regis Romanorũ gratia & cõcessione. Vtrumq; probatum esse cõcludo, sed an vtrunque releuet videndum est.

Quod ad primũ attinet, dubium non est, Palmenbaum ius suum in aliũ, etiam sine Cæsaris aũt Romanorũ consensu transferre † potuisse, fuit enim sui vsu fructus dominus *l. qui vsumfr. si vsufr. pet. Bart. ad d. rubr. C. vsufr. nu. 2.* Igitur p arbitrio de eo disponere potuit. *vulg. l. in re mandata C. mand.* Cæterũ quoniam illud dominiũ Palmẽbaums tamẽ tẽporaneum, & psonale erat, ad dies vitæ suæ, accessit cõfirmatio Reg. Rom. qui ius illud caducũ, cedentis & admittentis in actorẽ cessionarium, & admissum, veluti de nouo ppetuaret. Cedẽs † enim nõ potuit plus iuris in cessionariũ transferre, q̃ ipse habuit. Habuit autẽ limitatũ dominium, vsq; ad dies vitæ suæ, ex natura vsufructus, qui morte † finit̃. *§. morte inst. vsufr.* Hinc est, quod quando vsufructuarius † alienat simpliciter vsumfructũ, censeatur potius alienasse cõmoditatẽ vsusfructus, cui dominus fuit, quã ipsum vsumfructũ, aliter enim nõ potest. *Bald. l. 1. C. si pign. ant. sit Soc. cõs. 66. n. 7. vol. 3.* Vnde eo mortuo consolidat̃ ipso iure vsusfructus cũ ppietate. Quemadmodũ in simili, † valet refutatio feudi facta, & inuitis & dissentientibus agnatis quãdiu viuit ipse cedẽs. Cæterũ resoluto † iure refutatoris soluit̃ quoq; ius acceptoris *text. c. 1. de vas. qui const. Lothar. & c. 1. §. hæc quoq; success. feud. & ibi Affl. nu. 37. cũ seq. Zas. p. 9. nu. 214.* Rationẽ tradũt, q † feudũ sit species vsufr. qui cohæret personæ, neq; transmittit̃, nisi quatenus natura feudi disponit. *Bald. cons. 36 n 2. p. 1. Ias. cõs. 7. col. 4. & col. pen. vol. 3.* scil. q res, q̃ subjicitur restitutioni, alienari nõ possit, vt vsufr. feudũ. Quare concludo primum, actoris fundamentum curiosum esse, & non releuare.

Videndum ergo de altero. An Rex Romanus confirmare modo, & de nouo aliquid cõcedere, in præiudicium Cæsaris Caroli V. proprietarij potuerit? In eo vertitur cardo totius negotij. Et breuiter, actor ius suum vniuersum hoc syllogismo concludere videtur. Vicarius tãtum potest † quantum ipse Imperator Rex Rom. est Vicarius Imperatoris &c. Ergo tantũ potest, Maior vera est. *per l. 2. C. offic. qui vic. alt. obt. Boss. c. 1. crim. t. de principe nu. 28.* quibus locis tradunt dd. vicarios principum eãdam habere potestatẽ, quam ipse princeps. Minor notissima est, partim † ex aurea bulla, partim ex Imperij cõstitut. vbi hæc verba, inueniuntur, wir oder in abweseñ Rex Romanus. Est enim is perpetuus vicarius Imperatoris, designatusq; Cęsar, & administationem Imperij non ab homine, hoc est, Cæsare, sed à lege, id est, electione & publico omnium statuum cõsensu. Iurisdictionemq; non mandatã, sed ordinariam, suo, nõ alieno iure habet. Id enim in perpetuis vicarijs principũ receptũ est. *Alex. ad rub. off. eius cui &c. gl. l. more maiorũ verbo. alieno iurisd. om. iud.* Sunt enim † vicarij principũ in duplici differẽtia. Nam quidã à lege, ab ipsa vniuersitate scil. habent locũ absentis vel impediti. vt † archidiaconus, qui legis auctoritate vices Episcopi absentis aut impediti sustinet. *text. c. 1. off. archid.* Vnde à sent. ei9 † nõ potest appellari ad Episc. qa est vnũ idẽq; trib. *c. nõ putamus de cõsuet. lib. 6. Iacob. de S. Georg. verb. vicarius ppetuus nu. 3.* & appellatio ab eodẽ ad eundẽ nõ valet. *c. Romana appel. in 6. Fer. for. act. real. verbo nec non domino vicario.* Quidã ab homine, hoc est, ab ipso principe vicarij cõstituunt̃. *l. 1. §. à præfecto. leg. 3. & ibi Bart. n. 2. per illũ text.* Hanc differentiam tradit Alex. *à d. rubr. off. eius cui mãnd.* Ad propositũ. Si Rex Romanus est legitimus administrator Imperij, & perpetuus vicarius, habet procul dubio mandatũ quoq; cum libera. Regulariter enim oẽs † publici administratores à lege liberã administrationẽ habẽt. *l. præses. C. transact. vbi Bart. n. 4. Ias. n. 7. & communiter. dd.* Si mandatũ cũ libera. Ergo † omnia potest absente Imperatore, quæ Imperator ipse præsens posset. *d. l. 2. C. off. eius qui &c. Bart. d. l. 1. §. à præfecto l. 3. n. 2.* Ex quibus omnibus necessaria infertur cõclusio, quod acta gestaq; à Rege Romano, tanquã vicario ppetuo Cæsaris, habentẽ à lege Imperij mandatũ cũ libera, sic ab eo cõprobari debeant, atq; si à Cæsare gesta essent. *d. l. 2. C. off. eius qui vic. & c. l. 1. off. pcur. Cæs.* Nã si hoc in priuato Cæsaris procuratore obtinet. *d. l. 1. off. pcur. Cæs.* cur nõ multo magis in vicario, socioq; Imperij perpetuo? Consequẽs igitur est, confirmationẽ & nouam concessionẽ vel gratia Regis Romani absente Imperatore factã perinde valere, atq; si ab ipso Carolo V. facta fuisset. Hoc in iure & facto pmisso, sequit̃, secunda donationem à Carolo V. Dn. Venatori, ceterisq; donatorijs factã nullius esse momenti, nihilq; actori præiudicare posse. Iuris enim certissimi est, primã † principis cõcessionẽ vel donatiõẽ præualere posteriori. *l. prædia. C. locat. præd. ciuil. lib. 11.* Ratio est, quia † caussam habens à principe, à nemine molestari, sed perpetuo tutus esse debet. *l. omnes. l. bene à Zenone C. quadr. præscript. vbi dd.*

Estq; cõmunis omnium dd. opinio, principem non posse rem vni donatã † eandẽ postea alteri donare, etiã motu proprio *d. l. prædia.* Ita cõcludit Alex. *cons. 3. n. 7. vol. 5. dec. l. nemo potest mutare. n. 4. de R. I.* Rationẽ tradũt, quia in principe, tanquam in fonte iustitiæ, debet esse constãs voluntas. Cõuenit enim principibus verbum illud, *semel locutus est Dominus.* Et *quod scripsi, scripsi.* Et ideo princeps debet habere

vnum calamum,& vnam linguam,& non plures, quia scriptum est, *quæ processerunt de labijs* 21 *meis nõ faciam irrita.* Vnde † debet esse immobilis sicut lapis augularis & sicut polus in cœlo. *Bald. conf. 327. nu. 4. vol. 1. Boss. tr. crimin. t. de principe. nu. 18. cum seqq.* Præterea nullus es- 22 set † contractus cum principe, si penderet reuocatio & substantia eius, ex sola eius volũta- 23 te. *l. in venditis. contr. empt.* Sane † principũ dispositiones debẽt esse ab omni malitia & diminutione remotæ. *§. illud auth. Constitutio quæ di-* 24 *gnit.* Itẽ lex dicit, quod antiqua † priuilegia debeant renouari non perimi. *lib. 1. §. permittitur, aqua quotid. & æst. Bald. d. conf. 327. n. 2. vol. 1.* Est igitur in beneficijs principum firmissima conclusio, q̃ prior est tẽpore, potior iure, adeo quidẽ, vt nõ hic attendatur, an secũda donatione facta sit traditio. Quia *d. l. quoties. C. de rer. vend.* 25 nõ habet locũ in principe, † qui eo ipso, q̃ dat vel donat, transfert dominiũ rei donatæ sine traditione, maximè sit donauerit non per modum contractus, sed gratiæ cõtemplatione & meritorum, vt in nostro casu pulchre declarat Ias. *d. l. quoties. nu. 5. & 10. Angl. l. officium. nu. 2. in f. R. vend. Curt. Iun. conf. 142. nu. 1.*

Cum igitur in præsenti actor etiam in possessionem rei donatæ peruenerit, cœteris donatarijs, vel ex communi beneficio. *d. l. quoties* p̃ferendus est. Accedit secundã donationẽ lite hic in Cam. pend. factã, & sic nulliter per text. auth. *in medio litis nõ fieri sacras for. aut sacras iuss. per tot. col. 5. & l. 2. C. vt lite pend.* Itẽ Electorum omnium cõsensus: præterea reorũ propria cõfessio & obligatio. Ex quibus omnibus p̃spicuum esse videtur, hoc secundum actoris fundamentum concludere & releuare. Vidẽdum ergo de Elisione.

An Elisa.

SI publiciana actũ esse dicamus, putarẽ eam aduersus Reos actori non cõpetere. Est in rẽ scripta, & contra possessores datur. Rei autẽ non possident censum litigiosum, sed Imperator. Ergo contra Imperatorem agere debuisset condictione, scil. *l. si quis argentum. C. donat. vel. l. 1. C. eod. t.* Si vero quasi cõfessoria actũ esse cõcludemus, nõ inepta aduersus reos actio 26 instituta videri posset, cũ ea † etiam cõtra solũ impedientem detu. *l. si quis diuturno. §. 1. si seru. vend.* Sed vtraq; harũ competit, quoniam non obstantibus exceptionibus Reorum, ante litis contestationẽ propositis, per sententiam ipsis litis cõtestatio iniuncta, atq; eo modo in iudicio cum actore quasi contractum sit. *l. 3. §. idem scribit. Pecul. Castr. l. cum stipulati simul. nu. 1. de verb. obl.* ideo de Elisione quoq; dicẽdum est, præsertim ne nouis litibus contra Imperatorẽ viam actori aperiamus.

Vnica potissimũ exceptione rei se tuentur, nimirum mandato reuocatorio Caroli 5. Imp de Anno 47. Quam exceptionem breuiter, prædictis non obstantibus, releuantẽ esse puto. Cæsar enim ex Hispania in Belgium reuersus, ratã non habuit factã confirmationem, eãque ratam habere nõ tenebatur. Nam licet, vt supra dixi, latissima Regis Romani potestas sit, tamẽ eo se non extendit, vt possit de rebus suis primonialibus † Cæsaris pro suo arbitrio 27 disponere. Suæ enim non alienæ † quilibet est 28 moderator & arbiter *d. l. in re mãdata.* Habet à lege regia plenissimã potestatem, omniaq; potest quæ ipse Imp. posset in administrãdo scil. non in alienando, maxime ex caussa lucratiua. Nã † mandatũ quantũcumq; cũ libera, nõ ex- 29 tenditur ad cõtractũ donationis *gl. & dd. l. procurator, de pcur. Ias. l. partium curatoris. n. 2. C. de pact. Anchor. conf. 32. nu. 3.* Et est ratio, quia † do- 30 natio est extra administrationem, nec ad eam pertinet. *l. f. curat furiosi. l. filius fam. donat.* Idque in omnibus † administrationibus rerum 31 publicarũ, præsidibus prouinciarũ, rectoribus ciuitatum, defensoribus, tutoribus & curatoribus receptum est. Nam † licet mandatum cũ libera habere dicantur à lege, non ab homine. *d. l. præses. & ibi Alex. n. 2. cum seq. & communiter dd. C. transact.* & vicem dominorum gerant. *l. 1. tut. & vas. distrah.* donare tamen nõ possent. *d. l. 1. tut. & rat. & c. l. prohibere. §. plane. Quod vi aut clã.* & ibi Bart. dicens illum text. esse not. q̃ in mãdato generali Reipl. nõ † veniat aliena- 32 tio rerũ. Et ibid. enim 6. ponit hãc quæstionẽ, vtrũ legatus à latere possit concedere castra p̃tinentia ad curiam Romanã ciuitati Camerinæ? Et concludit per ill. text. quod nõ, nisi sibi esset concessum à Pontifice. Idem tenet Bald. *c. 1. nu. 1. in f. vas. qui contr. const. Lothar.* Idẽ obtinet in priuato Cæsaris procuratore. *d. l. 1. off. procur. Cæs.* Similiter in priuatorum hominum procuratoribus cũ libera. Nã licet tantũdem habent potestatis in cõtrahendo & alienando quantũ ipsi domini. *l. procurator, cui generaliter pcurat. gl. & dd. ibid.* Donare tamẽ nõ potest. *l. filius fam. donat. l. 1. quæ res pign. oblig. non poss. l. sicut. §. an pacisci. Quib. mod pig. sol.* Domini enim negotiũ diligẽter gerere, donando vero p̃dere nõ debent, quia donare † est p̃dere. *l. filius fam.* 33 *& ibid. Rom. in don. Ias. l. pactum curatoris. nu. 2.* vbi hoc limitat in tutore vel curatore Regis vel alterius † illustris p̃sonę. Nã hi donare pos- 34 sunt, vt cõseruetur dignitas minoris, quã tutores & curatores cõseruare tenentur. Et talium personarũ propriũ est donare. *c. 1. extra donat.* Porro amplior quoq;, maiorq; est potestas eorũ, qui ab homine, quã † qui à lege liberã ha- 35 bent administrationẽ. Hi enim alienare possunt, etsi domini conditionẽ nõ faciant meliorem, illi vero nõ aliter, quã si negotiũ domini vtiliter gerãt, & rẽ eius faciant meliorẽ. Hanc differẽtiam obseruauit gl. *d. l. prohibere. § plane. verbo data, q̃ vi aut clam. Ias. l. 1. n. 3. off. pcur. Cæs.*

Quod

Quod igitur ad exercitiũ Imperij attinet, Rex Rom. à lege populi Romani plenissimã habet administrationẽ, & acta gestaq; ab eo in administrãdo, publice & priuatim, domi forisq;, ita 36 † cõprobari debẽt, ac si à Cæsare gesta essent. *arg. d. l. 1. C. off. procur. Cæs. l. 1. C off. eius qui vic. ad* 37 *1. & c. l. 2. C. d. t.* Itaq; Rex † Romanus omnium maxime potest omnia ad iurisdictionẽ & vtilitatẽ Imperij pertinẽtia exercere, videlicet, deportare, caussas sanguinis decidere natalibus restituere, feuda imperij conferre, noua vectigalia cõcedere, cæteraq; omnia expedire, quæ sunt de reseruatis ipsius Imperatoris, quia non autoritate hominis, sed lege cõstitutus est, nõ tẽporaneus, sed ꝑpetuus vicarius Imperij. *not. Iacob. de S. Georg. d. verbo. vicari⁹ n. 9. & Fel. c. quæ in Ecclesiarũ n. 32. cõstitut.* Quantũ igitur ad administrationẽ attinet, repræsentat Imperatorẽ per omnia, idẽ potest, ꝙ ipse Imperator, *ꝑ iura* 38 *supra alleg.* Cæterũ † in patrimonialibus Cæsaris, & bonis ad mẽsam eius spectantibus, vt est Steuwerẽ litigiosa, nil iuris, nil administrationis habet in alienãdo, sine expresso cõsensu & speciali mãdato Cæsaris. *d. l. 1. off. ꝑcur. Cæs.* Itaq; hic de nullo Cæsaris cõsensu nobis patet, imo de expresso dissensu. Ergo rei donatæ dominiũ in actorẽ nunquã translatũ fuit, sed penes Imperatorẽ, post mortẽ Palmbaums pleno iure permansit. *d. l. 1. d. §. finitur inst. vsufr.*

Nõ obstat, quod in exordio confirmationis Rex Rom. dicat, se nomine Imp. hoc facere, quia de mandato speciali constare debet eui-39 denter. Paria enim sunt nõ esse † & non apparere *per text. l. fin. lege contrah. empt.*

Nõ obstat cõsensus Electorũ, & ꝓpria Reo-40 rũ obligatio, quia si non valet † antecedens, ipsum cõsequens quoq; cadere necesse est. *l. nil dolo. §. cũ principalis. R. Iu. Zas. tr. feu. p. 8. n. 59.* Et 41 cõfessionibus † nõ est standum, quibus ius vel natura repugnat *l. cõfessionibus, cũ leg. seq. Interr.* 42 *act. & ibi Bart. in pr.* Similiter etiã † cõuentiones iuratæ nõ ꝑiudicant tertijs. *l. 3. §. Marcellus.* 43 *l. nã posteaquam. §. fi. & l. seq. iureiur.* Quia † non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. *l. non debet Reg. iur.*

Omitto quoq; tanquã impertinentẽ disputationẽ illã actoris de remuneratoria donati-44 one, quod scil. procurator vel administrator † cũ libera possit saltem remunerationis caussa donare. *l. cũ plures. §. cum tutor Adm. tut. Bart. l. ambitiosa. n. 2. cũ seq. decret. ab eod. faciend.* Et in potestate hoc est expressum *c. relatũ testam.* Nã 45 remuneratoria † donatio improprie donatio est. *l. Aquilius regulus donat vbi gl.* Omitto inquã illã disputationem, quia de meritis actoris nulla in confirmatione facta est mentio, equidẽ ꝑ dñm consulentem plenissime deductũ & confutatũ est in 2. art. Et Aret. *cons. 24. n. 13.* putat de subtilitate iuris, opinionem dd. non es-46 se veram, quod procurator † cũ libera donare possit remunerationis caussa: communis tamẽ est in contrarium, prout ipse refert.

Cũ igitur Rex Romanus nullũ mandatũ à lege, nullã administrationẽ in bonis patrimonialibus Cæsaris, ipse vero Cæsar præsens absens suas thesaurarios, quæstores & receptatores, cũ specialibus mãdatis habeat, q; acceptorũ & datorũ rationem reddere debent. Cõcludo prędictã cõfirmationẽ, & si q̃d ei accesserit, nullius momẽti fuisse, atq; etiamnũ esse. Huc ꝑtinet, quæ de vitiato stylo ꝑ dictũ consulentẽ adducta sunt. Nã si tenor cõfirmationis recte cõsideratur, ꝑcedentia male cõueniant sequẽtibus, ita vt euidẽs sub & obreptionis adsit suspicio. Iã cõcesso etiam, dictã confirmationem eo modo, quo actor vult, fuisse validam, tamen Carolus Imper. sola volũtate † sua eã reuocare 47 cũ expressa clausula derogatoria potuit. Et sic omnia actoris ꝑdicta fundamẽta, vel hoc vnico fulmine subuertuntur. *Bart. d. l. prædia. Alex. d. cõs. 3 n. 7. vol. 5. Curt. Iun. d. cõs. 142. n. 6. & communiter dd.* Quod omnium maxime procedit, quãdo rẽ propriam, quã ipse donauit, reuocat, vt in nostro casu ꝑ doctrinã Fel. d. *c. quæ in Ecclesiarũ. n. 48. cõstitut.* vbi dicit, quãdo princeps ex volũtate sua fuit caussa, quod aliquis acquireret dominiũ, ipse eandẽ rẽ potest sola voluntate auferre *Goz. ad. cõs. 14. n. 9.* Et Angl. *l. Antiochiensiũ de priuileg. vendit.* dicit, quod princeps sine caussa potest alicui auferre rẽ suam, quam ipse donauit; quia sicut cõcessit, ita tollere potest, q̃ sunt Iuris ciuilis, nõ autẽ naturalis, *Fel. d. c quæ in Ecclesiarũ. nu. 48. cũ seqq. Angl. l. Lucius euiction.* Iã in ꝑsenti cõstat de expressa reuocatione Cæsaris cũ clausula derogatoria, nõ obstãtibus quibuscunq; priuilegijs, expectantijs. Cõstat de volũtatis perseuerantia, & tot repetitis mãdatis ad senatum Schwartzburn & Spinulã quæstorẽ. *c. si quis iratus. 2. q. 3. l. si mulier & 2. C. ad Velleian.* Constat insuper Cæs. statim à morte Palmbaums Dom. de Vignate vigore ꝑdictorum mandatorum iterũ in possessionẽ percipiendi realiter censum litigiosum peruenisse, vt ex productis apochis videre est.

Omitto igitur lõgiorem disputationem de potestate principis, de clausulis ex plenitudine potestatis, motu ꝓprio, certa scientia, de quibus omnibus Paris. *cõs. 1. per tot.* Itẽ quãdo primum priuilegium reuocetur per secundũ quę materia tractatʳ. *c. 1. rescript. & ibi latiss. Fel. Butr. cæterũ eod. c.* Hic in nostro casu sufficit clausula ex plenitudine potestatis, mandato reuocatorio inserta, quia illa clausula habet vim clausulæ derogatoriæ ad omnẽ legẽ contrariam, & habentẽ clausulã derogatoriã. *Fel. c. nõnulli rescriptũ 8. Goz. ad. cõs. 14. n. 11. Dec. cõs. 390. n. 13.* Cũ igitʳ Imperator potuerit & voluerit reuocare suum priuilegium, nõ potest actor † reuocatũ 48 priuilegium amplius allegare, *Panor. cõs. 3. n. 10. Gram. decis. 65. n. 12.* & ꝑ cõsequens cõcludo ex præ-

prædictis, actionem elisam,& posteriores donatorios præferendos esse.

Quid pronuntiandum?

49 IVdex de qua † re cognouit,de ea etiam pronunciare debet. *l. de qua re Iudic.* Cognouit autem de iure Spinulæ principaliter, & domini de Vignate incidenter. Ergo etiam super eo pronunciare debet, vt certam ferat sententiam. *§. curare inst. act.* Si tantum esset in deposito,vt omnibus ex æquo solui posset, nõ res careret scrupulo. Nunc autẽ, quoniam ex actis constat, summam non sufficere omnibus donatorijs: Nam 1000. Flor. in auro desidero, valde periculosum foret de singulorum iure speciatim pronũciare, ne nobis cum periculo, calculi error in numeratione obijci posset. Itaque longe tutior esset generalis forma. Sed vix video, quo pacto & in genere commoda sententia concipi posset. Vt ergo certam feramus sententiam, putarem sub hac forma eam sine periculo in specie cõcipi posse.

Quoad Spinulam & D. de Vignate expensas compenso. Quoad actorem de iure compensare non possum. I. Ex regula generali, quia victus † victori in expensas condemnatur. *l. properandum. §. sin autem alterutra. C. in dicijs. c finem litibus dolo & contum.* II. Quia citatio periculo suo decreta. Vnde intelligere debuit,quod iustam caussam litigandi non haberet: quæ magis iusta esse debet in actore, quam in reo,vt ab expẽsis excusetur,cũ instructus & deliberatus ad caussam venire debeat. *l. qui in alterius. Reg. iur.* 50

DECAS II. VOTVM IX.

Stadt Peras/
Contra
Bischoff zu Peras.

In Caussa immunitatis, à tributis & censib. & de Materia priuilegiorum.

SVMMARIA.

1 *Priuilegia confirmantia an sint coniuncta cum noua concessione.*

2 *Confirmatio simplex de nouo dationem non cõprehendit.*

3 *Priuilegium referens non plus cõtinere debet, quam principale.*

4 *Actus inualidus & imperfectus per confirmationem ex certa scientia censetur de nouo datio.*

5 *Falsum & nullum priuilegium, confirmari nõ potest.*

6 *Verbum exactionis tã vectigalia, quam munera vel tributa comprehendit.*

7 *Verba extra ciuitatem definitum locum non demonstrant, sed infinitum.*

8 *Verba, de rebus suis mobilibus, quid significent.*

9 *Immunitas alia personalis, alia realis, & vnde ita talis esse cognoscatur.*

10 *Tribuendi genera tria.*

11 *Vectigalia muneris appellatione nõ continentur.*

12 *Exactio idem quod* Schatzung.

13 *Immunitas exactionis de rebus suis mobilibus concessa, an intelligatur de tributis & annonis, indictionibus & vectigalibus, ijsq; ordinarijs an extraordinarijs.*

14 *Munera extraordinaria, & ordinaria quæ sint.*

15 *Ordinariorum genera duo. Vnum quod certam in re & tempore præstationem habet: alterum incertam.*

16 *Necessitates* Notthulff *ex lege, ab omnibus, nullo obstante priuilegio, incidente casu inferri debent. & nu. 25.*

17 Turckenhulff/ Bauwgeld/ Romerzug/ *munera sunt ordinaria, & ab omnibus inferenda.*

18 *Alij malunt esse extraordinaria.*

19 *Extraordinariorum non idem effectus.*

20 *Principes nunc eadem regalia habeant, quæ Imperatori olim in eadem parte competebant.*

21 *Actores an pro arbitrio suo priuilegium suum interpretari possint.*

22 *Immunitas ab octaua mercium impetrari nõ potest: secus in rebus, quæ ad vsum meum adueho.*

23 *Quæ lædunt alios, vel sunt contra vtilitatem publicam, fauorem in interpretando nõ merentur.*

24 *Verba prout iacent, accipere.*

25 *à Munere patrimoniali nemo excusari debet.*

26 *Domicilium alibi transferens tanquam originarius, ibidem collectæ pendet.*

27 *Confirmatio priuilegiorum generalis non cõpreben-*

prehendit priuilegia alia, nisi concessa tempore confirmationis.

28 *Qui confirmat, dare videtur.*
Fallit hæc regula in aliquot casibus. ibid.

29 *Iuramentum generale non extenditur ad ea, quæ quis verosimiliter non iurasset.*

30 *Beneficium principis stricte interpretandum, si derogat publicæ vtilitati.*

31 *Libertas non soluendi collectas, præscribitur spatio 40. annorum: imo & 10. & 20. & quæ ad eam probandam requirantur.*

32 *Munerum impositio ad supremũ principem spectat, estq; vnum de regalibus.*

33 *Collectum imponere solus princeps potest: quin & inferiores possunt.*

35 *Consuetudo generalis & notoria, habetur vt ius scriptum.*

36 *Princeps potest ea, quæ de iure diuino, naturali & gentium introducta sunt, tollere, etiam sine caussa per clausulam non obstante.*

37 *Priuilegia quoties non sunt clausa in corpore iuris, vt ijs derogetur, sufficit de priuilegijs mentionem facere in genere, nec requiritur quod in specie derogetur.*

38 Beed & steuwr *quid differant.*

39 *Actus vnicus ad probandum sufficit.*

40 *Dominus loci potest pro collectis facere banni merita, sequestrare & pignorare fructus.*

IN NOMINE Domini. Amen.

NON obstare nullitates. Actio sit condictio ex priuilegio, vel condictio ex lege, cui coniungitur ex eodem iure negatoria vers. vnnd weitter erkennen ꝛc. per iura allegata. Posset etiam ex allegatis quibusdam simpliciter actum videri eadē negatoria, ex caussa, quia forenses; de quo suo loco: altera prius excusa.

An probata?

VT probata censeat, nihil aliud requiritur, quam vt priuilegium hoc ipsum contineat, quod petitio. Qualis enim lex, talis actio, hoc est, ex verbis & sentētia legis infertur cōclusio, vtpote in nostro casu, si actores immunitatem docēt ex priuilegio, actio vtraq; fundata erit: si non docent, huius actionis ne nomen quidem nascitur; alterius caussa, & medio concidunt. Itaq; sola consideratione priuilegij opus est, atque id, vt diligentia aliqua fiat, quadrupliciter inquirit.

1. An sit.
2. Quid sit.
3. Quæ caussa.
4. Quis effectus.

Prima quæstio, an sit?

QVod ad primum attinet, in hac quæstione duo incurrunt. Vnum primũ & principale, quod est Henrici V. Alterum, aliquot priuilegia idem innouantia & confirmātia, in quorum numero est Friderici, & Rodolphi.

In primo & principali allegatus locus in exemplo authentico non reperitur. Circa quod animaduersione dignum, quod per totum pcessum actores fateri volũt, non esse in authētico, sed hic de eo vbique disputant, ac si esset. Vnde verosimiliter colligitur, putasse eos, vel saltem primos istos concessum priuilegium astute finxisse, deinde successores hoc ipsum ignorāter persecutos, ac si inter alia iura etiam hæc libertas & immunitas, vber die Kirchhür exarata & insculpta fuerit. Verba certe in exēplo & articulis manifeste ponũtur, nec hoc solum, verũ etiam in omnibus confirmatorijs similiter repetuntur. Sed vt huius caussæ coniecturæ sunt, petũt enim aliud quippiam subfuisse, illud certe fallere nos minime potest, quod post collationem factā illa clausula, in qua ius controuersiæ sita est in authētico desideretur. Itaq; ex priuilegio principali siue scriptura relata, actionem fundare non possumus. Quod clarum est.

Sequũtur cōfirmantia seu scripturæ referētes. At opus hic erit diligenti animaduersione, nũ simpliciter talia sint, an † vero coniuncta cũ noua concessio est. Multum enim hæc differre notissimi iuris est. 1

In primo ergo priuilegio Frid. I. in exordio hæc verba ponunt. *Maiestas Imperialis & autoritas, vt sicut sua facta, rata & incōuulsa permanere desiderat: ita suorũ antecessorũ gesta & priuilegia modis omnibus cōfirmat, & scriptorũ munimine corroborat. Inde est, quod nos priuilegium antecessoris nostri Henrici V. renouamus, & autoritate Imperiali corroboramus.* Itē paulo infra. *Præterea nos per omnia sequentes priuilegiũ præfati Henrici V. prædecessoris nostri &c.* Ex quibus intelligi posse videtur, *non soliũ confirmãs hoc priuilegium, sed etiam de nouo dationem intuitu verborũ renouamus.* Simplex † enim confirmatio de nouo dationē nō cōprehendit. At similiter patet, quod nihil noui singulariter iterũ indulgeat, sed cōfirmet, & de nouo tantũ concedat hoc ipsum, quod Hēricus V. antecessor eius antea cōcesserat. 2

Non obstat clausula, *quæ vero &c.* Nā interpretatio est cuiusdā iuris in dicto Henrici priuilegio, quod controuertebat Episcopus, non noua cōcessio, vel nouum priuilegium. Ita quod nō possum hoc Friderici priuilegium alio loco habere, quā inter confirmantia seu scripturas referētes, sic tamē, vt idē ipsum detur, vel innouetur, quod ab antecessore datũ fuit. Quod si verũ est, neq; in hoc priuilegio cēseri debet allegata clausula, *volumus &c.* Nā nō † plus referens priuilegiũ continere potest, quā ipsum relatũ, nec plus confirmans, quam principale, 3 siqui-

4 siquidem † actum inualidum & imperfectum per confirmationem ex certa scientia censeri de nouo dationē. Verū diuersum est in nostro casu. Nam hîc non aliquid inualidum vel imperfectum, sed † falsum & nullum, quod non 5 potest vllo modo confirmari. Quod enim non est, quam qualitatem recipiet? Videantur de hac materia *Dd. l. more. de iurisd. om. iudic. c. d. rescriptis. c. inter dilectos. fide. instrum. l. ait prator. §. si iudex. Rei iudic. sing. Fel. d. c. inter dilectos & c. ex parte vers. L L. incerta. num. 42.* Ex quibus locis, ista clara sunt & manifesta, nisi de nouo ad illa iura, quæ Henricus dederat, etiam hoc ius adijcere voluit, (quod ex nulla clausula conijcere possum vel elicere) quod tamen in noua concessione vel datione omnino necessarium fuit, non secus ac in alijs priuilegijs. Sed arbitror copiæ, quæ Imp. huic exhibitæ sunt, vel callide clausulam illam, vel etiam ignoranter insertam, habuerunt. Nec enim aliud principale vnquam fuit, quod supra fores tēpli insculptum est. Itaq; facilè hoc fuit factum, præsertim vbi nullæ caussæ cognitio accipitur, vt in hoc priuilegio.

Secundum huius generis priuilegium, Rodolphi est, de quo dubium esse nequit, quod non maioris effectus esse nequeat, quam id, cuius est innouatio & confirmatio. Est autē proxime præcedentis, quod totum vt inseritur, ita innouatur & confirmatur eodem tenore, vtpote firmatur instrumenti confirmatio, referentis referens.

Et tertium est, quod Caroli V. videri potest, non esse huius generis, sed de nouo dationem. Verum, quādo penitius inspicitur, nihil est aliud quam innouatio & confirmatio superiorū priuilegiorum. Hoc dicere volo, etsi narratio non ita expresse incipiat, tamen in progressu clausula confirmatoria ponitur, jhre Freyheiten/ handtvesten etc. cum repetitione eorūdem verborum & sententiarum, quæ in præcedentibus excepta solum linguæ mutatione. Sic etiam loco, quoad nostrū punctū, mos est, qualia sunt ista præterita, nempe innouationē quidē esse eius iuris, quod ab Henrico & Frid. acceperūt, sed non huius iuris nouam concessionem.

Restant eiusdem Caroli IV. & Max. priuilegia, de quibus quærere necesse non est, an in hoc ordine collocari debeant. Sunt enim manifesta, & eò omnia recidunt, si quod priuilegium actoribus ab antecessoribus indultū est, vt hoc illæsum & saluum cōseruent. Nam nullum conceditur.

Quare in hac quæstione *An sit*, nullius priuilegij ratio haberi potest, quā primi & principalis. At hoc immunitatem allegatā non continet. Ergo concludo non esse priuilegium. Et per consequens, actionem non probatā. Nam, *vt supra dixi* priuilegium probari debet, vt alia qua fit actio ex priuilegio. Possetque sola hæc resolutio mihi sufficere.

Verum, cum in contrarium probabiliter fortassis quædam referri possent, ponam, ac si esset aliquod de nouo concessum à Friderico I. vel Carolo IV. simulque prosequar propositas quæstiones.

Secunda quæstio est.
Quid sit?

Clausula talis est, *Volumus etiam, vt nullus ciuium nostrorum alicui exactioni extra ciuitatem facta de rebus suis mobilibus vel immobilibus subiaceat.* In qua inprimis verba omnino generalia sunt, vtpote † axactionis verbum æque pertinet ad vectigalia, quam ad munera vel tributa *l. 45. vectig. & comm. l. 1. & 3. C. vectig. noua inst. non posse. l. 1. & seq. C. exactor tribul.* Item verba *extra ciuitatem*, non definitum † Episcopatum, vel locum demōstrant, sed infinitum, quousque scilicet Imperij fines & autoritas se extendit. *arg. l. 2. & 87. verb. sig.* simili modo, verba *de rebus suis mobilibus & immobilibus* generalitatem † habent manifestā, hoc est, vt nec vectigal pro vlla merce dependant, nec tributum de re immobili, nec vllam aliam collationē pro patrimonio vel fortunis. *l. 7. C. vectigal. l. 2. C. de annon. & trib. lib. 10. l. rescripto. §. sciend. mun. & honor. l. 1. & seq. C. de muneril. patrimoniorum. lib. 10.* Et hæc, quo ad verba. (6, 7, 8)

Quoad res primum considero, quod immunitas † alia personis, alia rebus detur: illa cum personis extinguitur, hæc perpetuo durat. *l. 1. & 4. iure iur. munit. l. 3. & 4. de censib.* Vt autē alterutra censeatur, cōtemplamur aut caussam, *l. 13. C. excus. mun. lib. 10.* aut personarū conditionem & qualitatem. *l. 1. §. 1. iur. mun.* Sed hic caussa priuilegij perpetua est, ciues quoq; perpetuo esse censent. Ergo dubium esse non potest, quando hoc priuilegium reale sit. *d. l. 4. de censibus l. proponebatur. Iudic.* (9)

Secundo, considero † tria genera esse tribuendi, muneris publici vacationem, vnum plenius, cum & militiæ detur. Alterum exiguum, positū in nuda muneris vacatione, *l. 13. de vacat. & excus. mun.* Colligitur tertium genus ex *l. 11. eod. t.* cum nimirum quis à muneribus, quæ rei cohærent vno vel pluribus, ex principali beneficio immunitatem nactus est *d. l. 11. l. f. §. fine autem muner.* Nunc si verborum explicatio, quam fecimus, vera est, consequitur, quod nostrum priuilegium est tertij generis, tam latum, vt nulli vnquam concessum fuerit simile. Nec hoc solum quoad munera, sed etiam quoad † vectigalia, quæ muneris appellatione non continentur. *l. 17. & 10. de verb. sig.* Sic erit ista immunitas reale ius, & omnimodo plenissimum. (10, 11)

Atque hæc quoad ius in hac quæstione.

Cæte-

Cæterum scire oportet, quod actores vel metu nulli⁹ effectus, vel non visus, nō tam late hoc secundū priuilegium ipsi accipiūt, sed coarctāt ad infimū genus, hoc est, ad nudam muneris vacationē. Carolus etiam quartus verbū 12 exactionis † Schaßūg interpretaē, quod tamē dubito, an possit ordinariū simul & extraordinarium cōplecti. Itaq; in hoc pūcto de iure sic cōcludo, *vt supra dixi*, ex interptatione & voluntate actorū, priuilegiū hoc reale quidē, sed nec plenissimū, nec plenum verum exiguum.

Tertia Quæstio, Quæ Causa?

CAusa expresse narratur in priuilegio. Qui oēs huius priuilegij probabiles circumstantias scire velit, legat Abbat. Vrsperg. in vita Henrici V. Iohan. Func. *in com ad chronologiam suam. lib. 10.* Estque ea causa iusta, cur immunitas talis concedi possit in perpetuum. *arg. l. prætor ait vacat. mun. Alber. in rubr. de muneribus numero 63.*

Quarta Quæstio, Quis effectus?

SI qui igitur putabunt, hoc iuris esse plenissimi, dico effectum † eius in tributis & an- 13 nonis, siue in indictionibus nouo iure esse nullū. *l. 6. C. ann. & tribu. l. vacuatis. C. decus l. 1. C. indict. l. 1. C. de immū nem cōced. l. f. § patrimoniorum. Muner.* Idem ius est in concessa immunitate à vectigalib. *l. 6. & 12. C. vectig. & comm.* Rationes explicantur *in C. Si contra ius vel vtil. publ.* Secundi generis, vtpote plenioris, effectus clari sunt. *d. l. 13. de vacat mune.* Sed verba priuilegij non conueniunt. Nec enim vllius militiæ aut armatæ, aut palatinæ in eo mentio fit. *l. 6. & 18. re Iudic. l. 1. C. Iu. & fact. ignor. l. 4. C. q tut. dare poss.* Nec opinor onerabantur eo tempore actores cum serui essent. Quare & huius generis secundi cessat effectus. Neutrum etiā ab actoribus adseritur, sed fundant se solum in nuda muneris vacatione, an recte, dicam in elisione.

Nunc de eius effectu videamus. Ille explicatur. *l. cuius muneris, vac. num. l. un. C. de vacat. Mun. publ. lib. 10. l. 3. de Muner. patrimon. 4.* Omnes in summa hoc habent, quod talis immunitas ab extraordinarijs excusat, non ordinarijs. Hic cardo est, in quo nostra vertitur quæstio, scilicet hoc modo. Qui à publicis muneribus vacationem habet, ab extraordinarijs oneribus liber est. Nos à publ. muneribus vacationem habemus. Ergo.

Porro, hoc *quod nobis imposuisti extraordinarium est.* Ergo eo iniuste grauati.

De Maiore.

AD maioris explicationem necessario nos intelligere oportet, quæ sint ordinaria, q̄ extraordinaria? In qua re DD. nostri mire variant. Quod ad † definitionem vtriusq; attinet, illa optime colligitur ex *d. l. vn. C. de publ. mun. vacat. Iu. d. l. hi qui l. de quibus ll. l. 1. C. expens. ludor. lib. 11. domini prædiorū argr. ic & C his c. quibusdam. §. præterea v. sig.* Quare omnia ea sunt 14 ordinaria, quæ ex lege vel constitutione principum, vel ex more & consuetudine, Econtra extraordinaria, quæ non lege, non consuetudine principum, nō more à Magistratibus iniungunē & inserūtur. Illorum † ordinariorum duo genera esse reperio. Vnum hoc, q̄ in re & 15 tempore certam & definitā habet præstationē qualia in Iure sunt omnis generis tributa in auro, argento, veste, indictum, capitatio, & in Germania beyde der Stätte stewer/ deß Reichs Regiment vnnd Cammergericht vnderhaltūg/ vel si q̄ sunt similia, q̄ in certa forma vel lustris certis, tēporibusue certis p̄stari solent. Alterum gen⁹ est, q̄ † necessitatis tempore vel publicæ vtilitatis causa, non certo & definito tē- 16 pore indicitur, atque soluitur, qualia in Iure sunt oblationes super indictū principis murorū, constitutio viarū & aggerum, munitiones hospitum, acceptiones in Germania, Römerzug/ Bawgeldt/ Türckēhülff/ super indicta imperij.

Non ignoro, q̄ hæ species vltimi generis à plerisque dd. habeantur p̄ extraordinarijs, sed nescio, quam recte, in qua re plane assentientē habeo Antibolum *tr. suo de muner. §. 3. diuersarum quæstionum.* Ratio est, cum ex lege vel constitutione Imperij, vel ex cōsuetudine necessario quæuis istarum necessitatū incidenter p̄soluitur. In specieb⁹ Iuris manifestū est, nec tamen habēt certam præstationem ab initio, ordinaria tamen recte dicuntur, quia † ex lege ab omnibus, nullo obstante priuilegio, incidē- 17 te casu inferri debēt. *l. 2. & 3. l. fin. C. mun. patrimon. lib. 10. l. omnes omnino C. arm. l. trib. l. 2. C. immū nem cōced. l. si pendētes. §. si qd cloacarii vsufr.*

Idem iudico in p̄dictis specieb⁹ Germaniæ. Similiter etiam incidentibus istis casib⁹ ex cōsuetudinē Imperij, & consuetudine ab omnib. persoluuntur. Quanquam enim non semper certā & definitā, sed quæ cum iūducitur & p̄scribit, p̄stationem habeāt, ordinaria tamē p̄dicta ratione recte dici videnē *arg dd LL.* & respectu eiusdē causæ efficientis, & effectus p̄batur in den Abschieden de anno. 1542. & 44. à quo nō discrepat. *Bald. d. l. ad l. f. C. sine cens. vel reliq. &c. n. 4. & 5. Bart. ad l. 1. C. mulier. & quo in loco l. hi qui in vac. mun.*

Si quis tamē malit hæc esse extraordinaria, cum eo non pugnabo, Possunt enim diuerso respectu † hoc aut illo censeri nomine. Sed 18 tamen hoc casu scire nos oportet, extraordinariorum omnium † non eundem esse 19 effectum in publici muneris vacatione. Nam certum est, nec in iure, nec ex more

Germaniç, vacationẽ muneris generalẽ, quæ ab extraordinarijs excusat, ad pdicta extraordinaria eiusdẽ generis extẽdi posse de legib' & Abſcheidẽ. Sic nihil referre puto, quo nomine ista appellãtur, modo de effectu inter nos conueniat, h. est si intelligãtur, eũ, qui infimi generis immunitatẽ accepit, ab istis extraord q effectu sunt, & modo pstãdi canonicaria, nõ magis excusari quã ab ordinarijs. Quæ si vera sunt intelligitur maior nostra ppositio de extraordinarijs, q extra illum numerum reperiuntur, scilicet q effectu Canonica nõ sunt, qualia esse arbitror, q non lege, principe vel imperio, vel ex more, sed, q à magistratibus ciuitatum extra ordinem ad tempus ex improuiso imponuntur. *per d l. & Bar.* Et in quibusdam casibus etiam à principe, vt in nato filio, ducenda vxore & similibus, inter quos tamen etiam differentia non est exigua. Nam sententia & illas species ordinariarum habendas, pper præstationem, vt ab ijs scilicet nemo excusetur, quãvis habeat huius muneris publici vacationem, qa non nudã principis voluntatem, sed pietatẽ respiciunt, sicut illa publicam vtilitatẽ, vt si princeps pauper, vel captus sit. Sed hoc satis de maiore.

De Enthymemate secundo.

DE minore ppositione diximus in prima qstione. Venio ad secundũ Enthymema. Cum ergo asserant actores tamẽ nobis imposuisti extraordinariũ, scire oportet, an tale sit extraordinariũ, à quo priuilegia hæc excusent. Referuntur causæ indictæ contributionis in exceptionibus *n 23.* quæ causæ in nulla parte processus confutanẽ, vereq; reperiunẽ in den Abſcheiden ad 21. & 22. Iã si illa vera sunt, q antẽ diximus, erit hæc cõtributio mea sententia ordinaria, vel cui ita placet, extraordinaria: at effectu & præstatione ordinaria. *d l. 1. C. interdict l. 2. & f. C muner patrimon.*

Dicti. Abſcheid obijciat aliquis, habere illa [illegible] in deß Reichs Anlagen/ propter autoritatem Imperatoris vel Imperij. Certe dubium esse nequit. Cæterum in principibus & Vasallis Imperij non perinde.

Ad quod respondeo, idẽ esse nunc in parte, quod in toto. Postquã enim Imperiũ in plures partes scissum est, quod competit ex tali causa toti Imperio, debet nunc & ipsum competere ipsi parti. Ratio est apta, habẽt enim nũc principes † eadẽ regalia, q Impatori olim in eadẽ parte competebant. *tractat eleg. d. Antibolus vbi supra per 2. §. testat. n. 2. l. sf. l; l icet. C. sacros. Eccl. verbo qui vicem eius obtinet. n. 7.* Deinde sine subsidio subditorum, quorũ personas repræsentant, ad omnes cõtributiones Impij, maxime sup indicta, quæ sæpe ad duplum vel triplũ extendũẽ, partes etiam nequeũt. Quod ipsum cõprobat cõmunis cõsuetudo totius Germaniæ. Vnde sequitur, prædictã maiorẽ propositionem in nostra collecta non esse verã, nẽpe q qui publici muneris vacationem impetrat, liber sit & immunis subsidio, quod pstatur in caussis necessarijs & publicis, quales supra enarrauimus. Quare cõcludo, in hoc pũcto prætẽsi priuilegij in hoc casu nullũ esse effectum.

An Elisa?

DVo genera exceptionum reperio. Vnum iuris scripti. Alterũ contrariorũ priuilegiorum & instrumentorũ. Quoad primũ, sunt ista supra pertractata. Illud verò in hunc locum reseruatũ. An † actores pro arbitrio suo priuilegiũ suũ interpretari possint? Exempli causa impetrare † immunitatẽ ab octaua mercium quod fieri nequit. *l. ex præstatione C. vectigal.* volo id nunc trahere ad res, quas in vsus meos adueho, quod fieri potest *l. vniuerso eod. t l 4. §. 1 publ* an eiusmodi mei interpretatio rei exceptiones, contra rescriptum replicando elidat? Nã quæ lædũt alios, vel quæ sunt † cõtra publicã vtilitatẽ, fauorẽ in interptando non merentur, sed verba † prout iacẽt accipiẽda, *post ad l. f. cõst. princ. l. qa tale & ibi Bart sol matrim. Alex. cõs. 86 lib. 1.* quæ si subsistere nequit, non licet quærere aliam speciẽ, quæ dari potest, ab illa altera longe diuersam, vel ex genere permissibili eligere vnam speciẽ, quæ permitti potest. *Eber. loco a spec. ad gen. & a gen ad speciem.* Ita in nostro priuilegio, cum ex verbis & sententia pateat, q sit generalissimum, quale nulla religio, nulla dignitas, nullum meritum ab vllo principe impetrare potuit, ac perinde haberi nequeat, nec illud habeant; quod si impetratũ fuisset, habere potuissent.

Secundo videndum & cõsiderandum, qualis sit hæc nostra contributio, an rebus, an personis pro reb. indicta? Et certum est, q rebus sit indicta non personis, pro fortunis vel patrimonio. Non ergo collecta est, sed munus patrimoniale, ex eo genere, quod necessitatis tempore, & ante prouisç, siue ab imperio ordinatæ, siue † à principe, qui in hac parte vices Imperatoris gerit, iniunctum est & exactum, à quo non excusari quenquam debere supra disputatũ est. Et cõfirmatur in *l. honor §. munus Muner.* Item *l. sunt munera vac. mun.* Etsi non obstat octauum querelã futurum hac ratione vt pluribus in locis contribuant ex eadẽ causa. Nam hoc falsum est; siquidẽ vbi eadem causa est, nõ necesse habẽt in collectis, quç p omnibus fiunt, referre in causam ea bona, pro quib. alibi onera eiusmodi sustinet, quod ponderat Antibolus ĩ *p 2.* Porro ex eo quod patrimonialẽ hanc collectionẽ diximus & posito, quod ab ea excusari debeãt, sequitur tamen quod eiusmodi excusatio nõ vltra se extendat, quã ad ea bona, quæ tempore impetrati priuilegij possidebãt. Etsi enim nonnihil controuersum sit apud

apud Doctores de bonis acqſitis in extraordinarijs pſonalibus, ſiue in collectis, in pdictis tamē collationib', ſiue munerib. patrimonialib', etſi ſint extraordinaria nemo ābigere poteſt. *l.1.C.indict.l.ſi.C.exactor. tribut. & ibi Plat. Specul.de Cler. coniug.verſ.ad huius n.10. cōmuniter dd.ad l.placet in f. & l.f. C. ſine cenſu &c.* Sic etiā in hac parte deficiunt actores, nam ea bona pbata non ſunt nec poſſunt probari. Quibus etiam obiter deciſam volo illam quæſtionem, quæ incidenter mouetur, *an tanquā foreſes nihil preſtare debeāt?* Nam licet tales eſſent, cuius contrarium multis docetur, tamen horū conſideratio concidit per modum contribuendi.

Tertio ad hoc genus ptinent diſputationes, *quatenus priuilegiū vnius aliis præiudicet, quanto tempore non vtendo omittatur, an citatio requiratur.* Sed cum hæc ab vtraq; parte ſint diſputata, tamē hoc admonere volo, poſtquam cōſtet, reum tempore conceſſionis omnium priuilegiorum regalia habuiſſe, inter quæ ſunt ius collectandi, non potuiſſe Imperatorem ſine iuſta cauſſa, quam metiri debemus ex pſona admittētis hoc ius ademiſſe. Sed talis cauſſa nulla infertur. Verū quidē, quod in cōceſſione principalis priuilegij Epiſcop' interfuiſſe videtur. At clauſula illa in qua vis eſt quęſtionis, deſideratur: præter hoc non potuit ille ſucceſſoribus ſuis hoc pacto piudicare, de quibus omnib. videantur dd. *ad l.f.conſtit.princ. ad c. cū acceſſiſſet conſt. Iaſ. d.l.placet.*

De Priuilegijs.

Venio ad priuilegia. Primum eſt Caroli IV. ex quo colligit ꝙ Re' eo tēpore ordinaria tributa, & ius inducēdi nouū qbuſcunq; poſſeſſorib' p neceſſitate vel publica vtilitate habebat. Deinde quod etiam iuris eſt, vt qui alibi domicilium † transferrent, tanquā origin arij ibidem collectas penderent. *l.incola ad municip.* Datū autem illud fuit Anno 1349. ſic vt diſtet ab actorum principali priuilegio annis 238. à Frid. priuileg. Anis 139. quæ vna probatio eſt poſſeſſionis rei & Iuris. Idem priuilegium in effectu derogat actorū efficaciſſimo priuilegio, quod ipſis biennio ante ab eodem Imperatore indultum fuit, an recte non diſputo, nam vtrumque eiuſdem eſt efficaciæ.

26

Secundum quod eſt Caroli V. ad rem nihil facit.

Idem de Sigiſmundi varijs priuilegijs dicēdum, etſi re manifeſtā revocationem priuilegiorū contineāt, quia tamen nulla cauſa inſerit, nec partes vocatæ, apud me nō concludūt.

At quartum ſingularem probationē habet. Nā in eo p ſententiā adiudicat Reo ius Vecht & Stewer / de quibus illo tempore lis erat, hoc eſt, ius tributorum & collectarum. Cætera confirmantia ſunt, & nihil noui tribuunt.

Reſtat vnum argumentū Ludouici Epiſcopi, & plura alia vtriuſq; generis argumenta adferunt, quæ omittit, cū hæc omnia viſa ſint ſatis ad id, ꝙ iudico, nempe actorū actionem nō ſolum exceptionibus iuris recte eliſam, ſed rei ius etiam ex perſonæ ſuæ qualitate, & vſu ſufficienter comprobatum. Quibus adde, ꝗ antea concluſimus, nullū actores habere priuilegiū, vel ſi habent, nulli' eſſe momenti, vel ſi eſt alicuius momenti nō extendi, niſi ea bona, quę eo tempore poſſidebāt, ꝗ pbata nō ſunt. Itaq; cōcludo, pręmiſſis nō pbatis, petitionē inferri nō poſſe, atq; ita Reū ab ea abſoluendum, vel etiam propter ius rei comprobatum vlterius de iure ipſius pronunciari poſſe, iuxta concluſionem, quam accepit. Expenſis compenſatis. Quia cauſa agitur inter dominum & ſubditos, Epiſcopū & oues paſcuorum eius. Demū quia quæſtio Iuris, & iuſtus error actorum.

D. Cairus Correferens.

De Iuriſdictione nihil dubitat, quia pceſſus decreti ſunt, & ſine exceptione lis cōteſtata, Item partium conſenſu Iuriſdictio prorogata. Nullitates quoque nullæ apparent. Actum ex priuilegio ad conſequenda medietatem pœnę eidem inſertæ, cum petitione in rē negatorię actionis, quā principaliter partes pſequuntur, attentis vbiq; illorū petitionibus, probationibus & iuribus in actis productis. Quod autem ſuper Iure collectandi talis detur actio, refert ſe ad ea, quæ dixit in cauſſa Teutſchenmeiſter contra Dhona Werdt.

An probata?

Nituntur actores duobus potiſſimum fundamentis, quę magis facti ſunt. Primū eſt priuilegiū Henrici V. confirmatio Friderici I. Rodolphi, Caroli IV. introuiſationes Epiſcoporū. Alterū eſt, præſcriptio immunitatis ſeu exemptionis à tempore immemoriali.

Cęterum ex priuilegio Henrici V. nuſquam conſtat actoribus illam imunitatem conceſſam eſſe, vel ſic illud priuilegium, & quicquid de eo dicitur, ꝙ in vim contractus tranſierit propter mutua officia, idque irreuocabile ſit, actoribus ſuffragari non poteſt. Alterū Friderici I. quāuis à principio verba confirmationē magis, quam verū priuilegiū ſonare videatur, dum dicit *renouat &c.* tamen, qa de nouo clauſulam *volumus etiā vt nullus &c.* adijcit præter priora priuilegia magis videtur ſibi nouum in hoc ius actoribus cōcedere, & diſpoſitiue loqui, quam ꝙ priora priuilegia & clauſulas tātum referat, attentis verbis, ꝙ in priore perſona loquatur, *volumus &c.* Vnde pter iam enumerata d. Imp. priuilegia actoribus de nouo illa tribuit & concedit.

Non obſtat, quod dicitur, eum, qui confirmat, nihil noui cōcedere, & in generali confirma-

27 firmatione † non comprehenduntur priuilegia, nisi cõcessa tempore cõfirmationis. *Bal.l. priuilegia C. SS. Eccl.l. Mœuio ff. auia. de Leg.* 2.Id verũ quidem de ijs, quæ iam cõcessa sunt, & quæ relatiue enumerãtur & stabiliũtur, adeo vt illa vltra suos limites extendi nõ possint. Verum si quid vlterius cõcedatur, q prioribus nõ est insertũ, quid ꝓhibeat illud, nouam esse concessionem aut Imp.dare nõ posse, quaten' alias de iure liceat.

Insuper tertium Rodolphi, quamuis nihil aliud habet, quam quod Frid. priuilegiũ verbotenus refert, tamen sicut dictum secundum priuilegiũ vtitur verbo *renouemus*. Ita Rodolph' ponit *innouamus*, quæ verba nõ solũ nudã confirmationẽ, sed etiam nouam concessionẽ 28 important & arguũt. Et q† confirmat, videtur dare. *l. conuentione post Spec. de instrum. edit. §. nunc a videndum.* Dato etiam, confirmationẽ Friderici non valuisse ob defectũ clausulę &c. tamẽ cum dictũ priuilegiũ Friderici cum dicta clausula expresse cõceditur & sciẽter, postmodum in priuilegio Rodolphi ex certa scientia confirmatur, & de verbo inseritur, fallit supra d. regula Quia isto casu cõfirmando dat, etiasi confirmatio Friderici non valuerit. *Fel. c. inter dilectos. nu. 14. fide instrum.*

Item fallit, quando confirmans est talis, qui posset actum perfectum reuocare, vt hic Imp. aut Rex, tũc cõfirmando potest dici, quod dat. *Fel. vbi supra numero 16.* Item fallit in eo, q potest cõfirmãdo dare, quia simpliciter ꝓuidendo facit vtrunque. *Fel. ibid. nu 17.* Namq; respectu actus, qui ꝓcessit nulliter, vocatur confirmatio. Respectu vero iuris, q non erat, collata est noua datio. *Inn. d. c. inter. fac. l. si donante. §. 1. don. int vir. & vx. l. 1. C. manumiss. rest.* Quia vt Bald. ibid. ait, vltimum tempus trahitur ad primum. Et vt d. confirmationes nõ importãt nouam cõcessionem, tamen priuil. Caroli IV. sonat se dare actoribus inter alia etiam, wir wöllen auch &c. q̃ verba immunitatem actorũ liquide ostendunt, & nil aliud quam traslationem prioris clausulæ *volumus &c.* in se continent cum noua datione & concessione.

Quæ de Episcoporum introuisatione, & stipulationibus dicũtur leuiora sunt quã vt actoribus aliquid adminiculentur. Neq; enim expressam renunciationẽ iuris collectãdi in se continẽt. Imo plane generalia sunt; neq; Episcopi ꝓsumuntur in genere concessisse actoribus id, q in specie nunquam cõcedere potuerunt, contra iuramentũ Ecclesiæ prius præstitum & ius comune. Ex quo in alijs scripturis & generalib' concessionibus nulla penitus facta est specialis mentio de liberatione à collectis, quã liberationem tanquam de magnis regalibus principes verisimiliter in specie suis subditis ita facile nõ essent concessuri. Nec iu-29 ramentũ generale extenditur ad ea † quæ quia verisimiliter nõ iurasset *c. 1. cum ibi not. iuram. In 6.* Prętereа clausula quod huiusmodi priuilegium redundaret in ꝓiudicium toti' prouinciæ, & aliorũ deß Stiffts/ quia maiores collectę ijs imponerentur, si actores essent imunes, & per consequẽs tale priuilegiũ derogaret publicę vtilitati. Quo casu † etiã principis beneficiũ stri-30 cte interpretandũ. *l. si quando C. oper. publ. Angl. l. f. const. princ. refert & sequitur Ias. ibid.*

Similiter alterũ fundamentum allegatę immunitatis, ꝓscriptio scilicet actori nihil ꝓdest. Nã licet † libertas nõ soluendi collectas ꝓscri-31 bi possit spacio 40 Annorũ. *Corn. cons. 162. vol. 3.* Imo etiam añis 10. vel 20. Si cõcurrat titulus cum tantũ tempus bonam fidẽ præsumat. *Alex. cõs. 115. vol. 4.* Actores tamen nusquã probãt, se aut suos antecessores non fuisse exactos p tantum temp': quia non euenit casus imponẽdi collectas tales, nec fuit imposita: ideo dicere nõ possunt, se exceptionem illã præscripsisse, qa nunquam se renuisse probant, & q post talem recusationẽ tale tempus fuerit in alijs casibus & collectis effluxum. Nam ad istud ꝓbandum debent concurrere, quæ p actores cũ maxima difficultate poterunt ꝓbari, nempe, q aliquo tempore fuerunt requisiti, soluere collectã, & q recusarint, & quod successiue p tempus ad minus 40. añor. perseuerarint in tali imunitate bona fide, superiori sciente & patiente, & q tale tempus inceperit à tempore primę impositionis & recusationis: alias si ista interuenisse non probarentur, vti ꝓbata nõ sunt, tum allegata præscriptio nihil operatur. *Alex. cons. 136 col pen. & vlt. vol 2. Abb. & alij. c. si diligenti & c. cum nobis præscript.* Concludo ergo, actorum imunitatem per priuilegia saltem Caroli IV. probata.

An Elisa.

Opponit Reus tres defensiones, quarũ prima est Ius comune, & quæ Iuri comuni æquiparatur legitima consuetudo. Quod principes Imperij regalia habeant ab Imperatore, & in hoc Episcopi pacificẽtur Imperatorib' in imperio receptũ est, vt Reum quoq; habere litera A. patet. Atq; munerũ † impositio ad supre-32 mum principem spectat, estq; vnum de regalibus reseruatũ principi. *Bal. cum multa in f. C. Bon. quæ lib.* vbi dicitur, solũ principem † posse 33 collectam imponere, siquidẽ impositio collectarũ est actus Iurisdictionis, & q intra Iurisdictionem explicari non potest. *Alex. cons. 78. nu. 9. vol. 6* Petitũ autem munus bonis in districtu territorio Rei sitis iniunctũ est, & ad actores, quoad ista bona, Rei Iurisdictionẽ omnino recognoscere, & eidem subiacere tenẽtur. Hinc est, vt Reo ratione Iuris comunis illa cõdictio cõpetierit. *Luc. de penna. t. de re militari.* Et sic nõ est de reseruatis principis, qa inferioribus etiam competere potest multipliciter. *Alex.*

lex. consilio70. vol.2. Iason & dd. d. lege placet.

Pariter adstipulatur Reo cõmunis Germaniæ consuetudo, quæ etsi facti sit ideo, quod ꝓbanda alioquin in cõsideratione nõ habẽda, 35 tamen† qa generalis & notoria, habet vt Ius scriptũ *l.empt.in pr. Act.empt.Iaſ.l. post dotem sol. matrim.n.102.* Quare, vt Episc. Iurisdictionem collectandi in casib' à Iure permissis, etiam ex concessione, in feudone seu inuestitura Imperat. habet. Et sub illa potestate collectãdi cõtinentur oẽs actus collectãdi, licet differãt in modo, vel in plus & min' *l. generale Leg.1.* Infertur Reo licuisse tam de Iure cõmuni quam consuetudinario, bona actorũ indicere. Altera defensio cõsistit in priuilegio Caroli IV. alijsq; literis & laudo Palatini, Quamuis enim Carol' Añõ 1347. in vigilia natalis dñi, actoribus priuilegia imunitatis cõcesserit, tamen id contra dicta Iura & consuetudinẽ factum esse liquide constat, clam reo nec citato, nec audito desup, citra omnem caussæ cognitionẽ, in detrimentum Iuriũ Ecclesiæ & Episcopi. Ideoq; nullo Iure valere aut subsistere potest. Vnde pſumitur Carolum huius subreptionis præmonitũ, vel pœnitẽtia ductũ, statim 16. Aprilis postea Añõ 1349. illum errorẽ & enormẽ læsionem Episcopi singulari priuilegio reuocasse, eiusq; bene fuisse memorẽ, dum in speciem Perasensis ciuitatis expressam mentionẽ faciat. Idemq; priuilegiũ Peræ cõcessit, adiecta clausula derogatoria *nõ obstante*, q̃ oẽs alias retroconcessiones Perasensib' datas manifeste tollit. maxime, cum iustissimã reuocationis caussam habuerit. Et pſumitur in genere derogasse ei cõcessioni, q̃ in speciẽ, auditis Episcopi iurib' nunquã cõcessisset, *arg. a contr. sensu c.2. de decimis in 6. c.f. off. vicarij l. oblig. pig.* Imo vt tradit Alex. *cõſ. 216.* 36 *p.2.n.16.& seq.* princeps† potest ea, quę inducta sunt de iure diuino, naturali & gentiũ, tollere etiã sine caussa per clausulã non obstante &c. Etsi agatur de alterius graui pjudicio, *& dd. l. f. C. Si cent. Ius vel vtil. publ. l.1. const. princ. Innoc. c. Canõ c. q̃ in Ecclesiarũ const. c. quia plerunq; Im-* 37 *mun. Eccl.* Nam †quotiescunq; priuilegia non sunt clausa in corpore Iuris ciuilis, vt hoc nostrũ, certe vt talib' priuilegijs derogatũ intelligatꝛ, sufficit in genere de priuilegijs facere mẽtionem, nec reqritur, ꝙ in specie aut indiuiduo aliquid derogatꝛ, *Frid. de censconſ.147. Castr. l. si mihi & tibi. §. in legatis l.1.* Reliqua priuilegia omnino sunt cõfirmantia priorũ, inprimis Sigismundi ꝙ habet clausulã supplentẽ oẽs defectus, & ꝙ omnia habeantꝛ pro expssis, tam in suo, q̃ omnib. pcedentib. priuilegijs, cũ clausulis certa *sciẽtia plenitudine potestatis*, & expressam clausulam irritantẽ, quoad actores in specie itaq; rei ius p priuilegia fundatum putat.

Secundum subsidiũ ꝙ in priuilegio & laudo palatini consistit, fortius est. Nam etsi Reus, nec ius, nec consuetudinem, vel priuilegiũ pro se haberet, tamẽ cum cõpromissa ad instaꝛ iudiciorũ redacta sint, & istud laudũ in rẽ iudicatã trãsierit, appellatione aut reductione remotis, nõ videt, quo iure actores cõtrauenire possint. Quod laudũ reo p consuetudinẽ, herkommen/ & possessionẽ collectãdi, & steurandi cõpetit, nec obstat, ꝙ actores, Bedt vnnd Stewer/ p eodẽ ponunt, qa† secundũ cõmu- 83 nem loquendi modũ diuersa & separata sunt, cũ Beedt sit ordinariũ qddam. Stewer autem generale quid extraordinariũ, idem ꝙ Schatzung/ & omne id, ꝙ cõfertur. Similiter nil mouetur, quod laudũ de tribus tantũ pagis loquiꝛ Neq; enim plus comꝓmissum aut tũ controuersum fuit. Vnde sup plurib' laudare nõ potuit. Cũ autẽ similiũ idem sit Iudiciũ quid vetat de reliquis Perasensiũ bonis in Episcopatu sitis idẽ statuere. Itidẽ actorib' non patrocinatur ꝙ dicitur reũ nunquã fuisse in possessione, ꝙ falsum esse ex 3. fundam. in f. patebit. tamen cũ ius iudicandi in facultate cõsistit, vt ꝓ tempore, & suo arbit. vti possit, clari iuris est huiusmodi facultati per actores minime pſcribi potuisse. Quare vel hoc solo argumento laudum Palatini, actorum intentio eneruari potest.

Continuãdo restat 3. defensio possessionis & in secut. præscript. Rei. possessio ꝓbetur p Mertẽ von der Lipp. 4. testẽ, q aliquando doppel Beedt soluit, & quamuis hic† act. vnic. sit tamẽ 93 ad ꝓbandũ eiusmodi ius sufficis. *Paris. conſ. 25. vol.1.n.88.* Nõ impedit quoque, ꝙ vnicus est testis, & actores vti singularẽ respiciũt. Quoniã etiam possessio probaꝛ per missiuas actorũ & sui ciuis Cuntz Rompen ad Episcopũ & suum Hoffmeister/ q missiue verbũ Schatzũg habẽt, Itẽ ꝓbatur ꝙ nõ solũ Romp/ sed & alij ciues jhre Schatzũg apud Hoffmeister hinderlegt habẽ. Et sic actores certã sciẽtiã hui' indictionis Episc. habuerũt nec tamẽ in cõtrariũ aut ꝓtestati sunt, aut à tal. grau. appellarũt, ꝙ de iure facere debuerũt. *Scurff. cõſ. 59. n.32. cet.1.* Sed magis huic imposit. acquieuerunt, id ꝙ per Landtschreibers Rechnũg ꝓbatur, ꝙ 3. ciues & quidẽ nõ vulgares, maxime Rõp/ qui Senatorij ordinis fuit istã collectam soluerint, nec depositã pecuniam per se aut magistratum reperierint. Vnde rei possessio & præscriptio probatur.

Neq; hic attẽdo, an actores forẽses vel subiecti rei sint: nam diuerso respectu & forẽses subditi esse possunt. Et quãuis forenses ꝓ bonis in terris collectantium sitis collectari non possunt ob defectum iurisdictionis, tamen quia id constat, Reũ tempore sufficienti, & per consuetudinẽ etiam actorib', si forenses prorsus essent, pro bonis in suo districtu sitis' collectas indixisse sequiꝛ, Reũ ad imposterũ quoq; ꝓ omnibus alijs specieb' & necessitatibus occurrẽtibus facere posse, maxime cũ non simpliciter forenses sint actores, sed aliquo modo Reo quoq; subditi & Iurati. Et ꝙ Re' merũ Im-

perium vber Halß vnd Bein, & alia in actores habeat. Item quod constat ipsis olim Episcopis fuisse subiectos.

Tandem multum pro reo facit transactio inter Palatinum, quod vterq; alterius Leibeigē vnd andere hindersassen/in suo territorio habitantes nō tantū de bonis in suo districtu, verū etiam in alteri Gemarcke/ Gerichtszwangē/ satis collectare possit; id q cessante hac transactione facere non licuisset, sed quilibet ibi loci, vbi bona sita sunt Stewer vnd Schatzūg soluisset: Igitū & per hoc ꝓbatur etiam cōsuetudo prædicta. Etenim omissis altercationib⁹ cōcludit, hoc munus esse extraordinariū, quia incertā & indefinitam præstationē habet, cum nunc augeri, nunc minui possit pro temporū & caussarum qualitate, seu incidente necessitate, quanquam respectu ipsius solutionis, q de singulis agris certa ac determinata est, ordinarium etiam sapiat.

Concludit igitur munus hoc nostrum esse mere reale, respicit facultates locorum & prædiorum, licet alias generaliter loquendo, sit munus mixtum, & imponatur personis pro rebus tamen, quia collectæ soluuntur pro numero iugerum & mensura camporum, vt hic q mere patrimonialia sunt, nulli forenses etiā excusantur tanquam possidentes tantum bona. *l. munera. § preterea Mun. & honor. l. lus muneribus l. vt munera vac. num Paris d. cons. per tot.* vbi quæstionem in terminis pertractat.

Quare & per hoc cōcludit actorum intentionem elisam, & pronunciandam pro Reo, absoluendo eum simpliciter iuxta petitionē eius, sub litis contestatione añexam. Expresse non pronuntiat, quod ipse petit in principali pronunciari, sed saltem in pœnas incidisse, à 40 quibus per supra dicta excusatus est. Et†quod dominis locorū liceat ꝓ huiusmodi collectis facere eiusmodi banniimenta, proclamata tenet Bal. *cons. 424. vol. 3* Imo etiam potest sequestrare fructus, pignorare, distrahere bona & simili i exercere ob iurisdictionem, quam habet in rebus. *Paris. d. cons. nu 110.*

Ex quibus constat reum nil attentasse, cū ꝑse corruat propter sententiam caussæ principalis. Expensis compenso ob caussas D. Ref. Et quia actores priuilegiū, & sic iusta caussam per se habuerunt, vt supra sensit.

D. Pfeilsticker.

CAussam esse satis diligenter disputatam, & breuib⁹ sentit allegatā immunitatē esse probatam, sed tamen in hac caussa mallet iniungere productionem originalis priuilegij Henrici. Concludit per omnia cum D. Ref.

D. Thalerus.

CVm D. Ref. priuilegium actorū, si quod est, tamen hunc effectum non habent. Cum enim generale sit, & omnes species munerum & onerum complectatur, tam ad ordinaria, quam extraordinaria se extēdit. Quia vero liquido ex actis & actorum confessione constat, se semper & tempore immemoriali, ordinaria, vtpote Bett/quæ quoq; realia munera sunt, cum agris ipsis imposita sunt, soluisse, & sic in ordinarijs à priuilegio recessum, nō putat vlterius nunc priuilegium in hoc casu locum habere, tum propter absurda & enormem læsionem, quæ hinc sequi posset: maxime si diuites ciues in ciuitate Perasensi essent, vel eo aliunde commigrarent, Episcopiq; bona & subditos suos in suo territorio sibi appriarent, quæ mens priuilegij non fuit, cum enim stricti iuris sit, tam benigne interpretandum nō est. Quare concludit cum Dn. Refer. ab actione simpliciter absoluendo cū compensat. expensarū, idq; ex ea caussa, quia Episcop⁹ protestatē de litis contestat. & iurisdictione.

D. Güldenfluß.

CAsus p̄sens non sit dubius. Exactionem factam exigēte publica necessitate, quod suadet etiam nō obstante vllo priuilegio. *Bal. l. iubemus. Ias. l. si ex toto leg. 1.* immunitati non esse locum. Concludit simpliciter absoluendum compensatis expensis.

D. Loscher.

REperiri aliud priuilegium, nisi Henrici, clausulam istam non habeat, sup qua fundant se actores. Cætera priuilegia confirmantia esse. Cōcludit, etsi quod esset priuilegium, illud esse eneruatum, & pronunciat iuxta petitionem annexam litis contestationi Rei, cū actorum actio conciderit in negatoria. Et Reo in confessoria plene suum ius deduxit, nō putat simpliciter absoluendum, sed hoc ius ipsi adiudicandū. Et hoc vt finis litib⁹ imponatur.

D. Eugubinus.

DE iurisdictione & actione cum dominis. Concludit cum D. corref. negatoriam actionem probatam, pœnalem actionem non probatam, quia dolus non probatur.

An Elisa?

Concludit Episcopo licere collectare suos, sed non exemptos & releuare Perasensiū priuilegia contra Episcopum, nō contra Imperiū, & agentes non fuerunt citati ad cōcessionem Episcopo factā. Idem dicta cassatio diem & annū non exprimit cōfirmationis præcedentis, nec tā vrgentē caussam cassandi allegat, quam ea fuit cōcedendo. Insuper Carolus 4. cassat tantū ad futura bona acqrenda, nō acquisita prius. Idcirco si Episcopus hac cassatione vti velit, ante omnia, quod bona litigiosa hactenus acquisita essent, probare tenereē. Idem de cassatione Sigismund. Laudo Palatini nō mouet, quia tantum de bonis aliquibus in locis agit, & forte hactenus acquisitorum. Nec elidit, quod Episcopus sit in possessione colle-

collectandi, quia contradictum ſemper vt per teſtes d. laudum Palatini, in quantũ id refert. Ergo poſſeſſio ex parte Rei quieta vix dici poteſt. Et verſamur in hoc caſu magis in petitorio, quã poſſeſſorio, cum incidenter poſſeſſio accedẽs iuuet id. Nec multũ facit, quod agentes fuerint ſerui, & adhuc ſubditi. Pronuunciãdo abſoluendũ in pœnali, in negatoria intẽtata cõdemnat Reum Expenſ. Compenſ. Jedoch will ich weiters erſehen / vnd ſein Votum ad protocollum kommen laſſen / bitt derhalben bedacht.

DEC. II. VOTVM X.

In Cauſſa Steffan von Lupoltz an ſtatt ſeiner Haußfrawen / *Contra* Niclaß Hirnwurſt / & Conſortes appellatos *In puncto appellationis deuolutæ & attentatorum.*

SVMMARIA.

1. *Confirmans anteceſſorum ſuorum priuilegia, nihil noui dat, ſed datum confirmat.*
2. *Statuta in præjudicium ſuperioris facta, non valent.*
3. *Princeps poteſt tollere appellationem.*
4. *Princeps non poteſt tollere, quæ ſunt iuris naturalis, vt eſt oblatio: ſed quæ ſunt iuris poſitiui, t appellatio.*
5. *Inferior à principe non poteſt tollere appellationem.*
6. *Attentata vt reuocentur, quæ requirantur.*
7. *Acta quando à iudice ſint reuocanda.*
8. *Iudex deferendo omnem iurisdictionem à ſe abdicat.*
9. *Iudex dando apoſtolos refutatorios, poteſt ad vlteriora non obſtante appellatione, procedere.*
10. *Attentatorum cauſſa nihil commune habet cũ principali, & ante omnia ſunt reuocanda.*
11. *Iudex cum habet viam ordinariam ceſſat officium eius extraordinarium.*
12. *Citari debent omnes, quorum intereſt maxime in actu preiudiciali.*
13. *Citatio fieri poteſt extra territorium mandantis, & quid operetur.*
14. *Sententia, non citatis & abſentibus, quorum intereſt, lata, nulla eſt, & nu. 16.*
15. *Forma reum citandi extra territorium citantis.*
17. *Exſecutio contra non citatum & tertium fieri non poteſt.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVOD ad deuolutionem attinet. Concludo cum D. Ref. nos in Iurisdictione fundatos eſſe, eo quod Metenſes ſunt ſtatus Imperij, & eo potiſſimũ quod cauſſa omnium ſtatuum conſenſu approbata, & communibus Imperij ſumptibus conſtituta eſt, in iurisdictione eiuſdem conſenſerunt. Non obſtant allegata priuilegia de non appellando, quia diu ante receptum Cam. & conſtitutum iudicium data ſunt, neque in ſpecie aut nominatim Cam. Iurisdict. aliquid adimunt. Et Imperator Carolus V. confirmãdo anteceſſorũ ſuorum † priuilegia, nihil noui dedit, ſed datum confirmauit tantum, *vulg. l. heredes palam. §. ſed ſi poſt teſt. Alex. l. more maior. nu. 12. Iurisd. om. Iud.*

Non obſtat etiam allegata & diuturna pſcriptione firmata conſuetudo, quod a ſententijs Scabinorũ Metenſ non appelletur, qa talia † ſtatuta in præiudicium ſuperioris facta nõ valent *c. veniẽtes Iureiur. vbi Pan. n. 4. Et cõmuniter dd. per illũ text.* Licet enim princeps † poſſit tollere appellationem *l. 1. §. interdum à quibus appel. non licet. Couar. pract. quæſt. c. 23. nu. 6.* Eo quod appellatio non ſit † defenſio iuris naturalis, quam princeps tollere nequit, vt eſt citatio, *text. Clem. paſtoralis Re. iud.* Sed defenſio iuris humani poſitiui, & ideo poterit à principe tolli. *Pan. d. c. 1. n. 2. Reſcript. Couarr. d. loco. Mar. p. 6. appel. n. 329.* Licet igitur, vt dixi, princeps † poſſit tollere appellationẽ, tamen inferior à principe hoc non poteſt. *Bart. l. omnes populi. n. 27. Inſt. & Iure.* Quia eſt caſus reſeruat. ſoli principi. *Franc. d. c. paſtoralis nu. 16.* Concludo ergo, exceptionẽ *non obſtantibus* cauſam deuolutam.

Quoad attentata, ad hoc vt † attentata reuocentur, neceſſe eſt quod appellatio fiat in præſentia Iudicis, vel in abſentia eius coram notario & teſtibus, quo caſu inſinuatio debet fieri Iudici & parti, alias Iudex & pars poſſunt in cauſſa procedere, quando ſcilicet non habent notitiam appellationis. Et iſta attentata ab ignorantibus non reuocantur. *eleganter Aut. Butrio. c. ſ. n. 13. Appell.* vbi dicit eam opinionem communem. Idem tenet Mar. *de appell. nu. 391 dd c. non ſolum appell. in 6.* Idque ordinate cõprobatum eſt *p. 2 t 29. § 5.* Nam licet appellationes in cauſam recipiantur interpoſitæ coram Notario & teſtibus abſq; inſinuatione, tamen à Iudice à quo, acta ante appellationis inſinuationem nõ poſſunt, vt attentata reuocari, vt habetur. *d. § 5.* Eatenus igitur appellatio ſuſpẽdit Iurisdictionẽ Iudicis à quo

post rite interpositam & insinuatam appellationẽ, & acta p eum tali † casu reuocãda sunt, tanquam ab incõpetente Iudice gesta. *Ancor. d. c. nõ solum. n. 1. Appel. in 6. Franc. c. pastoralis p ill. text. n. 1. appel.* & hæc de definitiua recipiẽda sunt. Aliud in interlocutorijs receptum est, quia p appellationẽ ab interlocutoria, non suspẽditur iudicis officiũ, nisi delatũ sit appellationi: quo casu quia † deferẽdo abdicauit à se omnem iurisdictionẽ *c. cũ appellationib. appel. in 6.* nihil attẽtare potest. Sed si nõ detulit officium eius nõ cõquiescit. Itaq; dando † apostolos refutatorios, potest ad vlteriora, nõ obstante appellatione, pcedere, nisi illi inhibeat. *Canon p text. clẽ. 1 de dolo & contũ. vbi gl. n. 3. not.* Hoc latius declarat & gl. *c. veniẽtes verbo possessionẽ, de Iureiur. Ancor. d. c nõ solũ. n. 6. Appel. in 6. Vital de camb. tr. clausularũ clausula nihil nouari. nu. 7.*

Cæterum cum hic à sentẽtia definitiua appellatum sit, sumus in casu claro Iuris communis & ordinat p 3. d. Non obstat, quod clausula principalis nondũ in iudiciũ p litis cotestationem deducta sit, quia attentatorũ causa † nihil cõmune habet cum principali cũ ante omnia reuocanda sint. *d c. non solũ & l n. Nil nouar. appel. pẽd.* maxime si officiũ iudicis p reuocatione attentatorum imploratu sit, & in continenti pbare possint, vt in casu psenti. Adstipulatur ordin *p. 3 l. 31 §. 14.* Implorato enim iudicis officio mercenario, vt hic non requiritur libellus aut litis cõtestatio, sed sumariæ pceditur. *Host. in sum. t. vt lite pend. n. 3 Ioan. Andr. d. c. non solũ. n. 1. & 3. Ancor. ibid in pr. & Frãc. n. 5.* vbi dant cautelã, vt petens reuocari attẽtata, caueat sibi, ne contestetur litem super principali, & petat simul attentata reuocari, quia tũc cum ordinariam † viam habet, cessat extraordinarium officiũ iudicis scilicet *Ioan Andr. vbi supra vital de camb. vbi supra n. 10. gl. Clem. 2. in pr. vt lite pẽd. Franc. non solũ n. 6.* Putat tamen attentata reuocanda, etsi quis litem in principali contestatus sit, & simul reuocationem attentatorũ petierit, eo quod p litis contestationẽ non sit recessum ab his, quæ ordinem non requirunt. Refert alios, vt ibi per eum, quæ opinio mihi vera videtur, sed nihil ad propositum, cum hoc imploratũ sit officium Iudicis.

Concludo ergo attentata reuocãda esse, cũ expensis ex doctrina Hostiens. in summa t. *vt lit. pend n. 3. in f.* vbi dicit, attentata reuocanda cum expensis allegat. *c. 2. dolo & contum.*

Quod attinet ad punctũ citationis, ille plus difficultatis habet. † In vnoquoq; enim actu pjudiciali citari debẽt omnes, quorum interest. *vulg. l. de vnoquoq, re iud. Clem pastoralis eod. t.* Et sententia nostra interlocutoria iniungit heredum nomine legitimationẽ. Citatio quoque ad readsumendum causam contra eosdem decreta est, lis igitur non citatis & absentibus sententia † ferri in caussa principali non possit absque vitio nullitatis. *dicta lege de vnoquoque.*

Non obstat, quod vnu' consortium extra Imperiũ domiciliũ habeat, & sic citari nõ possit cum extra Imperiũ mandanti impune non pareat. *l. fin. iurisd. om iud.* † quia tali casu citatio fieri potest extra territoriũ mandatis ad notificandũ aliquid ratione rei sitę in territorio citantis vt hoc casu, non ad acquirendã Iurisdictionem in persona citati; valet citatio quoad actum nuntij, quia est nudum tantum ad ministerium executionis, nõ iurisdictionis. Quæ quidem citatio hoc operatur, vt Iudex ad immissionem bonorum pcedere possit in contumacia. Nã habet iurisdictionẽ suam fundatã ratione rei, licet persona citati multare non possit in contumacia, *p text. l. oẽs. §. verũ si apparuer C. Ep. & Cler. vbi sedes ord. Bar. ibi n. 2. Soc. c. sane l. Epi n. 12. cum seq. foro Comp.* Est & alia forma † citandi reũ extra territoriũ citãdis, vt scilicet Iudex rei sitæ mittat literas iudici ipsius conueniendi, vt faciat illũ citari & moneri, quod veniat corã se, nã & tali casu monit' si nõ venerit mittend' est actor in possessionem rei petitæ. *Bart. d. l. 1. §. acqr. reis Soc. d. c. Sane. si Epi. n. 12.* Præterea posset etiã citari p edictũ, vt executio fieri in finibus Franciæ, *vt not. apost. ad Bar. d. l. 1. §. 1.* Atq; ita in simili processus in Cã. cõtra Antuerpiensem decretos memini. qa p edictum in finib' Brabantiæ executi fuerunt.

Quare tutior quidẽ via essent, vt iniungeremus appellãti, quod cõsortes iterũ ad Cam. citaret ex pdictis rationib., ne nullitas comitterei, ac quod † sentẽtia contra absentẽ & nõ citatũ lata nulla sit. *d. Clẽ. pastoralis & d. l. de vnoquoq, re iud.* Cæterum in præsenti quoniã ipse appellans suo periculo processum continuari petit, & vnus tantũ consortium extra imperiũ domiciliũ habet, alij vero rite citati sunt, putarem nos absq; vitio nullitatis in causa principali pcedere posse. Nã cum appellãs suo periculo, vt dixi pcessum contra psentem tantũ continuari petit, si obtineat valebit saltẽ sententia quoad citatos & psentes. *p text. d. l. vnoquoq.* Et sic executionẽ contra nõ citatũ postulare nequit. Executio † enim contra nõ citatũ & tertium fieri nõ potest, cũ sit res inter alios acta. *l. 1. except. rei Iud. Zas. l. sæpe n. 11. Re iud. vbi communiter dd. Rota decis. 21. sent. & re iud. in nouis.* Si verò in caussa succumbat, quod futurum ex facti narratione, crediderim nihil esse periculi, siue citati sint omnes consortes, siue non sint. Nam ipse appellans de sententiæ nullitate opponere nihil potest, eo quod periculo suo contra præsentes tantum processum & sententionatũ sit. Hæc ad protocollum obiter notanda sunt, ne videamur aliquid inconsulte & contra ius statuisse & pronunciasse, & sic per omnia cum D. Ref.

Concludo Saluo &c.

DEC-

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM CAMERÆ IMPERIALIS SYNTAGMATIS I.

DECAS III. RELATIO I.

In causa Alexandri Bischoffen zu Heiligberg ex vna,
Contra
Henrich Adolff Comites de Sessla ex altera.
In puncto Compromissi Cam. in mandata die hohe Wildpan vnnd Vogelweid betreffendt.

SVMMARIA.

1. *Interdicti vti possidetis requisita. & 20.*
2. *Turbatio qualiscunque & quocunque modo facta in interdicto vti possidetis sufficit. & 20.*
3. *Testis contra quorum personas non excipitur, sunt omni exceptione maiores.*
4. *Depositiones testium, quæ ortum ducunt ex auditu ab auis maioribus, in antiquis multum probant. & nu. 10.*
5. *Euidentia facti nulla probatio maior & euidentior, tollitq́, omnem præsumptionẽ contrariã.*
6. *Donatio vt valeat constare oportet de iure donantis.*
7. *Testes ætate superiores cæteris præferendi sunt.*
8. *Testes specialia magis deponentes, præferendi cæteris.*
9. *Testis de facto proprio cui interfuit, deponens magis concludit, ideoque cæteris potior est.*
11. *Testes vero similiora deponentes præualent cæteris.*
12. *Numerus testiũ attendendus, & maior minori præferendus.*
13. *Possessio antiquior sola ad obtinendam victoriam sufficit, & præualet recentiori: etiamsi illa sit sine titulo, hæc cum titulo.*
14. *Possessio recentior videtur clandestina & vitiosa.*
15. *Caussæ ab expensis releuantes in arbitrium iudicis collata sunt.*
16. *Legitimatio personarum ante omnia fieri debet.*
17. *Episcopus sine consensu capituli compromittere nequit: multo minus alienare.*
18. *Compromitti in ordinarium nequit.*
19. *Interdictum vti possidetis datur de iure incorporali, siue rebus siue personis id competat.*
21. *Interpretatio qualis in probationibus fieri debeat.*
22. *Donatio generalis includit omnes species.*
23. *Verbum nullum in contractibus debet esse otiosum.*
24. *Præscriptio ab Imperatore tolli potest: & etiam statuto. Contrarium n. 25.*
26. *Registra in antiquis plene probant.*
27. *Possessio non probatur instrumentis.*
28. *Probationes exemplorum propriorum vel ex propria domo desumptorum suspecta sunt.*
29. *Aucupium & venatio sunt diuersæ & separatæ species.*
30. *Separatorum separata debet esse ratio & dispositio.*
31. *Possessorium & petitorium quando cumulari possint.*

IN NOMINE Domini. Amen.

CAVSA controuersa, Die hohe Wildban vnnd Vogelweide/loca principaliora, de quibus controuertitur in genere, der Grünwaldt im Landt Achaien. In specie die auff ermeltem Grünwaldt liegende sondere Gehöltz vnnd Orter/ der Storckberg/ Graßberg/ Finsterwaldt/ Bergerholtz/ Landsberg/ & nonnulla alia loca, de quibus in libellis.

Compromissum cœptum 24 Decẽbris Anno 74. cuius forma hæc: *compromittunt cum renunciatione Appellationis, reductionis, supplicationis, reuisionis & restitutionis in integrum, pro se & hæredibus, sub pœna amissionis causæ in Cameram, vel ea recusante in magistrum Teutonicum, eiusque successores*, Datum sub decreto vtriusq; 3. Decemb. Anno. 74. Heiligberg/ Sessla.

Votum

Votum D. Eleutherij.

Iurisdictionem fundatã esse concludo ꝓpter spontaneum vtriusq; consensum partis vigore cõpromissi & requisitionis desup factæ, de quo vtroq; ex actis *c. cum dilectus & ibi Canõ Arbitr. Spec de comp. Iud. vers. 25. in compromiss. nu. 27.* Deinde, quia iura de Clericis & rebus Ecclesiæ in cõpromissum nõ deducendis loquẽtia, ad causæ nostræ decisionẽ adaptari nõ videantur, idq; siue respectu dd. Iurium, Episcopum tanquam liberam administrationem habentem compromisisse dicamus, siue respectu rei, de qua litigatur, foresti nimirum, quo casu magis vt Dux Achaiæ quã vt Episcopus agere videatur, siue etiam, quia lis vertatur inter dominum & vasallos, vt nullum enorme Episcopatui Heilighbergensi sit timendum præiudicium *c. cum tempore & per tuas arbitr. Specul. de arbitr. & arbitratu. eod. tit. §. restat. vers. nunc quid. nu. 7. Lancfr. de Arbit. sect. 3. princ. nu. 13. vers. octauo.*

Nec obstat, quia in Cam. tanquam ordinariũ cõpromisisse videatur contr. *l. sed si non seruũ. §. si quis iudex Arbitr.* Cum ita stylo & vsu receptum sit, & attento hoc solo fundamento ex Cam. nõ remittatur, vti patet in multis compromissis partim decisis, partim adhuc pendẽtibus. Sic etiam non obstat obitus Adolphi Comitis, pendente compromisso, cum clausula ei inserta, quæ heredum & successorum vtriusque partis mentionem facit, de iure sit sufficiens ad eam sustinendam. *DD. l diem proferre. §. 1. arbitr. Ioan Bapt. Perus. in lib. de arbitr. c. 7. lib. 7. vers. ad propositum.* Quo ad picturas abreissen/ locorum litigiosorum, non puto, opus esse specifica decisione, ex illa maxime ratione, quæ ex omnium fere testium concordantibus depositionibus ad 1. & 2. Art. & ad interrogatorium vtriusque tam in rotulo Episcopi, quam Comitum omnes tres picturas abreiß, tam inter se, quam cum dictis testium ita conuenire videmus, vt satis putem nos ad ꝓnunciandum hac in parte instructos esse, cũ & accedant beyderseits eingenommene & actis einverleibte Augenschein per Commissarios.

De Actione.

Præsupponendo, Comites esse actores saltẽ quoad ordinem & processum, cum priores prouocauerint. *l. in trib. iudicib. c. focus. §. accusatorv sign.* Cõcludo tam ex narraris & petitione libelli, quam ex ipsa Comitum confessione in conclusionibus *sub nu. 145.* oblatis *fol. 3. vers.* Darburch/ intentatum esse Interdictũ vti possidetis, seu actio in factum in allegati interdicti locum surrogata.

An probata.

Cum duo sint intentatæ actionis extrema, turbatio, de qua in 9. & 14. Et possessio de quã principaliter 3. 4. 5. & 6. articuli agunt vtrinq; sufficiẽter probatũ cõcludo. Turbatio ꝓbata existit per literas Iohãnis Philippi Comitis ad Martinum Episcopũ. Anno 54. scriptas, quas & Episcop⁹ & Comes inter probatoria sua ꝓduxerũt. Quibus ad ꝓbationem 7. art. accedũt testes 11. & 12. ad eundem art. Item 29. testis in Rotulo Episcopi ad 3. & 4. Interrog. 14. art. Item apud ꝓbationem 14. art. testis 12. & 16. & 21. vol. 4. Et plures alij in effectu cũ superioribus concordantes, quos nõ recenseo, cũ indubitati iuris sit † in interdicto nostro qualẽcunq; turbationem, & quorumcunq; modo factam sufficere, *gl. Bar. & dd. l. 1. vti possid.* Possessio vero vel quasi probata existit. Primo generaliter per 18. & 21. testes, 1. & 3. testis 2. Rot. ad 34. & 5. articulos ꝓbatoriales, cum quibus conueniunt, vno aut altero loco ex litigiosis excluso, test. 10. 11. 12. 13. 15. 16. & 19. oẽs primi Rotuli. Multi præterea tam ex prædictis quam alij vtriusq; Rotuli de singulis litigiosis locis hinc inde ad varios articulos & interrogatoria in specie deponentes, quos non repeto, cum in relatione habeantur, præsertim cum nihil ab Episcopo cõtra personas d. testium excipi inueniant, quia alicuius sit vel momenti vel † ponderis, vt huius intuitu, si non omni exceptione maiores, saltem eo vsque habiles & sufficientes ad testificandum censendi sint, donec contrarium probetur. *c. dudum & ibi. Fel præsumpt. Alex cons. 18. vol. 1.* Veluti inter referendũ ita per omnia qualificatos inuenimus, vt plerique omni exceptione maiores dici queãt, præsertim cum omnes fere de facto proprio deponant, cum ipsi sint prouectæ ætatis. 50. annum vel plurimum excedentes: tum dictis & depositionib. suis addunt, insuper quæ à patẽtibus, auis & maioribus audiuerunt. Quæ depositiones † in antiquis multum roboris obtinent *Gabr comm. opin lib 1. Rubr. de test. concl. 3. in pr.* Et quia ex depositionibus præcedentiũ testium illud quoque constat, possessionẽ vel quasi Comitum per omnes fere legitimæ possessionis qualitates & circumstantias, iustificatam esse, quod scilicet non vi, non cla, nõ precarie, & sic bona fide, palam insuper, legitimo tempore, pluribus Iuribus, in multorum præsentia, non contradicente Episcopo, vltra 30. 40. 50. 60. annos, adeoque vltra memoria hominis sæpe dictam possessionem vel quasi & exercitium iuris venandi continuarint.

Concludo ex his omnibus actionib⁹ & intentionem Comitum, quoad bannale forestum, der hohen Wildpan/ in 2. 3. 4. 5. & 6. art cõprehensum & specificatum, tam in genere, quam in specie, vsq; ad fluuium Bechbern/ & non vltra sufficienter probatum esse.

Sequũtur ꝓbatoria Episcopi quoad forestũ.

Qua-

I. Quæ Actio.

Collatis in vnũ omnib. quę pro possessorio simul & petitorio colligi possunt, partim ex narratis libelli Episcopi, & vtraq; parte petitionis, ibidẽ, partim ex protestatione & declaratione Episc. in subsequẽtibus productis facta, quod nimirum ea, quę petitoriũ concernunt colorãdę possessionis, ergo tantũ posita sint, ita tamẽ vt cumulationẽ, quatenus de Iure licita sit, expresse reseruare videaẽ cum simillib. in actis deductis: Cõcludo vtrunq; defendi posse, siue possessoriũ tantum interdictũ scilicet vti possidetis institutum, siue petitoriũ, & in specie negatoriam cumulatam dicamus, idq; non tam, q ex quinto articulo & prima p. cõclusionis in allegato libello, gen' illud actio nis colligi in facto posse videatur, quam quod de iure etiã omnia petitoria, q̃ possidenti dari solẽt, & in specie confessoria & negatoria cũ interdicto nostro concurrãt, per ea quæ tradit Castr. *l. si de vi Iudic. nu. 8. cum alleg.*

An probata?

SI omnia cõferantur ꝓbatoria Episcopi cõcludo primo in petitorio, intentionẽ Episcopi, quoad p̃sentem litẽ & loca in compromisso litigiosa ex sæpe allegata donatione Henrici 2. Imp. in qua principaliter titulus fũdatur, probata non esse, p rationes & argumẽta, q̃bus Comites hinc inde ad elidendã intentionẽ d. Episcopi vtunẽ. Quorũ summa est.

Quod nulla fiat in dicta donatione mentio litigiosi foresti deß Grüwalds in genere, quid nedũ in specie deß Scheidwalds / & aliorũ locorũ, de quib. controuertitur. Idq; patet ad oculũ ex tenore cõcessionis vel donationis Hẽrici iam allegatæ. Et sic per euidentiam † facti probatum existit, qua nullam volunt esse probationẽ euidentiorem. Cum tollat omnẽ prę-sumptionem contrariam. *l. emptorem act. empt. Alex cons. 1. vol. 4.*

5

II. Patet rursus ad oculũ ex allegatis probatorijs Episcopi nu. 19. perductis, quod anno 1344. transactio quædam inita sit inter Nider wald & Northurn ratione locorum quorũdam vff den Grunwaldt sitorum in specie deß Goldberg / cui transactioni interfuit Felix Episcopus Heiligbergẽsis, Lodouici IV. Comissarius, quia eandẽ sine omni probatione, aut reseruatione sui iuris approbauit, & sigillo insup Episcopatus confirmauit. Quam p sententiã ratificationẽ & tacitam quasi cõcessionem clarissimam probationem esse certũ est. *p l. generaliter C. nõ num. pec. & c. p tuas ꝓbationes.*

III. Facit ad elidendum titulũ Episcopi, specifica adeoq; indiuidua locorũ in sępe dicta donatione concessorum mentio, q̃ præcedit vocula restrictiua, videlicet, vt sic nec tacite quoque veniant loca, de quib. iam controuertitur. Idq; non tam propter vulg. reg. *inclusio vnius &c.* & quod expressa remouẽt præsumptionem taciti quam quod ea quę fit determinato modo conceduntur, suppletionem non recipiant. *Roland. cons. 62. nu. 9. vol. 1.*

IIII. Facit in specie ad elidendam præsumptionem taciti, quod argumentum ab extremis ad media, quo Episcopus vtitur locum hoc casu non habeat; Cum quod extrema sufficienter probata non sint, tum quod media maiori ex parte naturam extremorum non sapiant. Cum ipsamet Arx Sescla. Item Castrum Fetthein Salenensium multorum insuper nobilium arces, prædia, syluæ, adeoq, totus tractus foresti Comitum à dextris viæ Regiæ, dictis extremitatibus ab Episcopo constitutis, includantur, in quibus tamen omnibus nihil Iuris hoc tempore vendicat Episcopus.

V. Facit siquidem concedatur tacitè, media non minus venire, quam extrema, si tamẽ subsistat intellectus ille, quod nimirum Henricus loca in sæpe allegata concessione specifica, iure feudi potius & regaliorum, quam nudæ donationis transferre voluerit, id quod Episcopus Clemens in responsione ad literas Christiani von Northurn / probatoria Episcopi nu. 22. oblata, nec non aduocatus Beyr Episcopi alicubi innuunt, tum certum est, plura Imp. non transtulisse, quam dominium quoddam vniuersale seu generale, de quo iam nulla est controuersia, cum Comites vltra fateantur, sese vasallos esse Episcopi.

VI. Et eiusdem concessionis alio intellectu similis videtur colligi elisio d. t.

Dato enim, simplicem & meram donationẽ factam ab Henrico, eoq; nõ vt Imperatore sed vt duce, hinc rursus pro comitibus militat, quod de Iure donantis, tanquam Ducis, & de re seu patrimonio priuato, nihil probatum sit, ab Episcopo, imo historiæ contrarium docere videantur, cum fuerit Saxo ratione originis paternæ, nimirum nepos Ottonis I. ex fratre, nec non Dux Bauariæ propter Ducatum eundem auo Henrico à d. Ottone magno dono datum. Et Duces Achaiæ adhuc tum temporis in viuis, & in flore fuerint. E cõuerso autem Comitum quasi possessio longissimi temporis, in omnibus & singulis articulatis locis, probata existit per deducta supra in probatorijs Comitum. Vnde duplici ratione titulus nihil operari videtur, & inutilis esse. Primo in genere, quod de† iure donantis non constet, nec ꝓbatum sit. *Spec. t. de locato. §. nunc aliquo, vers. 58. vt qua not. Bar. l. sic. §. si mihi leg. 1. vbi dd. quos refert Alex. cons. 28. n. 7. vol. 1.* Secundo in specie, quod allegata possessio particularium locorum excludat eo magis fundamentũ Episcopi, q nimirum possessio penes alios inueniatur, vti Imp. p̃iudicare voluisse non videtur, per ea, q̃ in terminis quasi consuluit Rol. *cons. 46. n. 67. vol. 3. & Ruinus ibid. alleg. cons. 13. nu. 7. vol. 4. Et hæc quoad petitorium.*

6

In pos-

In possessorio similiter indubitatũ esse cõcludo, Comitũ partes nominibus potiores esse, cum intentationem validiorib. probationib. fundatã habeãt, *per ea quæ dd. tradũt. præsertim Canon. c. lic. causã. probat.* Nã si recte conferantur vtriusq; Ref. testes, primo ætate superanti & antecedũ: Comitũ testes, vt 7 hoc casu (cæteris paribus) præferendi sint. *Alc. tr. præsumpt. 145. per tot.*

II. Præualẽt testes Comitũ nõ tã quod plures actus venationum enumerẽt, quam quod eosdem per temporũ, locorum, personarum, Item præsentium, & alias similes 8 circumstãtias † deducant, vt tali casu tanquã specialiora, & sic magis certa deponentes cæteris prẽferẽdi veniãt, *c. præterea. c. nostra Test. Innoc. c. auditis præscript. Menoch. de arbitr. iud. quæst. li. 2. Cent. 5. casu 475. nu. 8.*

III. Præponderãt testes Comitũ eo quoq; fundamẽto, quod pleriq; actib. de quib. depon[un]t, interfuerunt, & eosdem ipsimet exercuerũt, quo casu cũ de facto pprio loquũ 9 tur, † rationes magis concludentes, eo quod potiores reddũ[t]. *Affl. decis. 363. Tiraq. de retr. § 1. gl. 14. nu. 48. Gabriel de test. lib. concl. 1. nu. 21.*

IIII. Prẽferẽdi ex hac quoq; causa, quod de antiquiore tẽpore, nec de sua tantũ memoria, (quę tamẽ & ipsa in plerisq; vltra 30 40. & 50. annos extenditur) sed de his etiã 10 quę ex auditu parentum, † auorum & maiorũ acceperunt, quas probationes propter tẽporis diuturnitatẽ, & inde resultantẽ probandi difficultatẽ, multũ roboris obtinere dicũt *Abb. d. c. cũ Com. 2. art. Gabriel d. t. de test.*

V. Ratione prorogatiuę, quod nimirũ depositio eorundem magis qualificata si[t], † & 11 verisimiliora deponere dicatur *l. ob carmen, vlt. vers. sed quod nostræ test. Bald. l. test. n. 21. C. eod. Abb. c. præterea. eod. tit. Affl. de decis. 363. n. 6.* Et quod qualitas depositionis testium vna sit ex quatuor causis quorũ vnaqueq; sola victoriã parit, tradit *Fel. d. c. licet causam. n. 8. de probat.*

12 VI. Facit, quod maior † numerus testium pro Comitibus deponit, cum accedant his, quos in vtroq; Rotulo produxerunt, decẽ plus minus testes Episcopi *d. l. ob carmẽ. Bal. l. ordinarii. nu. 10. C. R. vend. c. in nostra test. & ibi. Abb. & Fel. c. cum Cam. nu. 8.*

VII. Et vltimo, potiora sunt Comitũ iura 13 † antiquiori possessione, quam solã ad obtinendam victoriam sufficere tradit. *Fel. d. c. cum caussam n. 9.* vbi omnes ita tenere dicit. *Bar. l. si duo n. 4. vti possidet. Bal. d. l. ordinarii. Ripa c. cum Ecclesia. n. 2. causa poss. & proprietat.* Et quod tali casu, dato etiã probationes ex vtraque parte, tam numero, quam dignitate pares esse, antiquior possessio præualeat, Menoch. tradit *rem. 3. Retin. n. 725.* Imo, quod etiam is, qui antiquiorem possessionem sine titulo probat, prẽferatur eiq; recentiorẽ pbat cũ titulo. Cõcesso etiã, q titulo illius qui recentiorẽ possessionẽ pbauit sit antiquior, multis argumentis confirmat Menoch. d. *loco n. 727.* Rationẽ esse crediderim, q titulũ nihil operari dd. dicũt, vbi possessio est antiquor. *Boer. decis. 239.* Cũ possessio recẽtior videat clandestina & vitiosa *Boer. vbi s.* 14 *Alex. cons. 88. vol. 5.* Et hæc quoad ius forestæ.

De iure aucupij.

Iam quo ad Vogelweidt/ de qua agit ex parte Episcopi in 31. art. eiusdẽ libelli. Ex parte Comitum in 16 & 17. art. Item in 3. interrog. 5. & in 7. interr. 8. art. libelli, nec non 13. & 14. art. 2. Rotuli & interrog. eorundẽ. Item in registris der verliehenẽ Vogelweidt/ ex vtraq; parte pductis, nomine Epi. fol. 167. nomine Comitũ f. 205. Litigatur autẽ principaliter inter partes (quantũ ego videre possum) allein von dẽ Vogelheidẽ die vmb Egelßbach vnd Hostatt/ vnd in derselbẽ Marck mögẽ gelegen seyn: veluti colligit primo ex Indice siue registro Episcopi allegato inter pbatoria eiusdẽ n. 7. Allegatur ex locis litigiosis vn[us] scilicet tantũ ein Vogelherdt auff dẽ Standt zu Hostatt cui accedũt testes 14. ad 3. interrog. 5. art. ad 19. ad 7. interro. 18. art. similiter 21. ad pdictũ interrog. 14. art.

Quantum igitur attinet ad loca, q principaliter litigiosa esse dixim[us], scilicet in vnd vmb die Marckung Egelßbach vnd Hostatt/ parum à Comitibus probatum inuenio, cum secund[us] tantum testis habeat de dictis locis deponentes 10. scilicet 1. Rotuli ad 3. interrog. 5. art. qui dicit se non vidisse vel Heiligbergische vel Seselaische Vögelherdt in iã dictis locis, ausserhalb was Sesela hinder der Egelßbach bey der Mühlẽ vmb Sãdtbach vnd Hostatt habẽ soll. Itẽ teste 1. 2. Rot. ad 2. Interrog. 14. art. vbi deponit, Comites habẽ auch etliche Vögelherdt vmb Egelßbach vnd Hostatt zuvergleichen/ q dictum, præterquam q per se generale est, & ratione caret eo incerti[us] etiam reddit, quod in eadem dispositione testes addit, daß Heiligberg auch etliche heide vmb Egelsbach zuverleihen hatt/ Itẽ in f. d. depositionis daß zwischẽ Egelßbach vnd Hostatt ein vogelherdt sey der zwischẽ beidẽ theilẽ streittig. Quantũ vero attinet ad Vogelherdt/ in quorũ possessione Comites se fuisse dicũt am Scheidtswald/ an dẽ Eichwald/ am Willersee/ Itẽ am Storckberg/ & in genere in omnib. locis in 5. art. specificatis, indubitatũ arbitror, q Comitũ intentio fundata sit, p ea quæ deponũt test. 3. 6. 7. 14. 17. 18. 19. 21. ad 3. interrog. & 4. ad 4. interrog. 5. art. omnes primi Rotuli in probationib. Comitum & testis 1. 2. 6. 7. 9. 10. 11. 2. Rotuli ad 13. & 14. art. q per cõsequens etiam deponũt de 16 & 17. art. libelli. Quib. accedũt etiã allegati extract[us] der Seselaischẽ Zinß vnd vogel Register/ inter pbatoria Comitũ sub litera B. n. 74. pducti, Item distinctio q faciũt oẽs fere testes Epis. ratione dextri, late ris deß Hol[t]zholtzes/ quaten[us] dicta Vogelherdt versus latus illud sinistrũ extenditur.

Episcopi intẽtio ratione possessionis vel q. dec

der Vogelweidt habetur in d. 31. art. quoad generalẽ possessionem vff den Grunwaldt / & locis in libello articulatis; in specie vero quoad Vogelherdt / im Hostätter Margzug in 32. art. Quibus cõiungi potest quoad loca 5. art. in libello Comitũ 5. interrog. Episc. Ad 31. art. q attinet, duos tantũ testes inuenio. 15. ad 14. & 26. ad 6. art. Quibus aliquo modo correspondẽt, quoad articulata tamen loca, testis 13. ad 4. interg. 4. art. & ad 5. & 6. art. nec non. 19. & 20. in d. interrog. ad 4. art. Ad ea autẽ, que possessione 5. art. Comitũ interrogat Episc. in 3. interrogat. ibi nullũ omnino ex omnib' Comitum testibus vtriusq; Rotuli inuenio, qui in d. loco de allegata possessione, vel quasi quicquã pro Episc. deponat. Nã q 1. test. 2. Rot. Comitũ ad d. 3. interr. deponit, ahn denẽ Ortten / davon er deponirt: (deponit autem de omnibus locis excepto Grundt:) habe Episc. die Vogelherdt durch dẽ Amptmann vff Planckeneck verleihen lassen / illud triplici ratione subuertit. 1. Quia singularis & vnicus. 2. Vt possit hoc casu Episcopi testibus cõiungi, tamẽ ibidẽ addit, cõtradictũ esse à Comitib. veluti etiam 3. Subiũgit, daß beyde Theil hierumb streittig allweg gewesen. Restat igitur, quantũ in specie die Vogelherdt im Hostätter Margzug sitã Episcopus probauerit. Ad 19. districtus probationẽ possunt primo rẽpeti testes 15. & 26. supra de generali possessione der Vogelweidt vff dẽ Stigerwaldt / præsertim 15. qui ad 4. art. dicit, quod p̃fectus in Bläckeneck die Vogelherdt nicht allein zu Hostatt / sondern auch vff dẽ gãtzen Grũwaldt zu verleihẽ. Quibus accedit testis 4. ad 4 & 15. art. Itẽ d. testis 13. & 14. Interrog. 6. Et in effectu quoad sinistrũ latus deß Schweintriebs omnes illi testes p eundẽ Schweintriebs graben limitẽ cõstituant der streittigẽ Vogelweide / quales sunt testes. 4. ad. 4. art. 13. ad 14. Int. 5. & 6. art. 15. test. ad. d. 4. art. 17. ad eũd. Itẽ 13. 19. 20. 26. 28. & 29. Licet enim in genere de quasi possessione Episc. ratione der Vogelweidt / à sinistra parte tamẽ des Schweintriebs deponunt, (à Stadt Kullingẽ / scil. ad Wagenheim ascẽdendo:) vt hoc limite cõstituendo, omnia ferè loca litigiosa, & hæc ipsa quoque, quæ nõ tam quoad Wildtpan / quã in specie quoad Vogelweidt / à Comitibus pbata diximus, vna includi videant: (scil. omnia loca litigiosa:) prædictorũ tamen testiũ dicta ad Hostätter Margzug / non vno modo restringi posse videntur, veluti videre licet in depositione testis 4. qui cum ad 4. art. cõstituisset terminum des Schweintriebs: (id q ad 4. Interr. d. 4. art. Itẽ ad 5 & 6. art. tertia vice repetit:) tandẽ ad 11. Interrog. 6. art. subijcit, was er von den Vogelherden ꝛc. sic 18. test. Itẽ test. 20. & c. Quibus aliquo modo accedit, q idẽ testis ad 14. interrog. dicit, se audiuisse & scire, dz durch Heiligbergische Weidtmeister die Vogelheidt vff Egelßbach ꝛc. Faciunt etiam nõnihil ad hoc propositũ, quæ deponit d. test. 17. ad. d. art. 4.

Ex his cõcludo, quod scil. ad Vogelweidt loca principaliter litigiosa vnd in derselbẽ Marckung in sinistro latere Schweintriebs ab Episcopo sufficiẽter probata sint; ita vt absolui, & hoc in pũcto pro ipso pronũciari queat. Putarẽ tñ ad excudendã nimiã generalitatẽ d. sinistri lateris deß Schweintriebs in sententia specificã mentionẽ fieri debere der Vogelweidt / eamq; vel ex parte Comitũ, scil. daß Episcopo nicht gepühret / Comites ratione der Vogelweidt zu turbirẽ am Scheidswaldt / Lichtwaldt / Willersee / Storckberg / vnd was derselbẽ mehr des Schweintriebs gelegẽ / vel ex parte Episcopi, exprimẽdo in genere die Vogelherdt / so viel deren vff der lincken Handt des Schweintriebs in Hostätter Marckung / vel in specie & nominatim exprimẽdo, quotquot derselbẽ Episcopi Vogelherdt in sinistro latere habere possunt ex actis.

Quid pronunciadum?

Ratione der Vogelherdt iã dictũ est, quoad Wildtpan. Cũ ex supradictis appareat, quod Comites super turbata possessione sese fundant, quorũ etiam intentionẽ probatã esse ostensum est. Idcirco concludo, in hoc puncti foresti siue des Wildtpans pronunciandũ pro Comitibus in terminis, & forma cõmuni interdicti vti possidetis, p ea quæ tradunt Bart. & Dd. *l. 1. §. hoc interd. nu. 8. & 10. cum seq. vbi poß. Abb. c. cum caussam. nu. 38. probat.* daß nẽlich Episcopo nicht gepühret noch geziemet / Comites in jhrer Possession vel quasi zu turbirẽ / sondern daran zu viel vnrecht gethan. Et quod ideo inposterum abstinere, & cautionẽ desuper præstare teneatur? Illud Dominis quoad formam cogitandũ relinquo, an nõ pro verbis, Articulirte Maaß / quæ vidẽtur sententiæ inseri posse, specifica mẽtio locorũ litigiosorũ fieri debeat vel saltem extremitatum dicti foresti, fluuij nimiũ Bachbrunensis, des steinen Brückleins / præsertim cum Comites dictũ forestum non solũ ahn vnd in dem Bachbrönnersbach / de quo multi testes deponunt, per adducta supra, sed & vltra dictũ fluuium in pagos & villas ibi adiacentes in libello extendant. Licet enim intellectus Comitum talis esse queat, quod allegata extensio ad ordinem potius decurrẽtis ibidem fluuioli, quam ad ampliandum forestũ facta sit, tamen ad excludendas cauillationes, consultius arbitrarer, extremitatũ dicti foresti specificam designationem in sententia facere, tali forte forma, daß Episcopo nicht gepühret / Comites in possessione vel quasi deß hohen Wildtpans / so viel dessen gelegen / vel so weit derselb sich erstreckt dẽ Bachbrunnersbach biß hierauff / vel an daß stein Brucklein zu turbierẽ. Expensas pro qualitate caussæ nostræ, cum Episcopus non omnino nihil præstiterit saltem

quoad Vogelweidt compensabo, cum & aliàs caussæ ab † expensis releuantes in arbitriū iudicis collatæ sint, *per l. properand ff. sin autem alterutra C. iudic. & ibi DD. Menoch. de arbitr. iud. quæst. lib. 2. cas. 27.*

15

Votum Domini Corref.

IVrisdictionem fundatam ex ipso Compromisso cum D. Ref. & Requisitione vtriusque partis, ad suscipiendum Cameræ, tanquam alioqui iurisdictionem supremã Imperatoris, & statuum, repræsentandi factæ. *per l. 1. & pen. Iudic.* & in terminis compromissi. *l. non distinguemus Arbitr. c. cū dilectus. Gail. obs. 150. n. 5. libr. 1.* Sed quia hæc ita vera sunt, prout ego semper putaui, modo Episcopū sui iuris, & liberam in rebus cõpromisso cõtentis administrationem habentem, non vt corporis alicuius partem ac in re cõmuni socium, vel saltē autoritate & cõsensu in hac vlterius indigentē, constituamus. Alioqui enim iure cõmuni inspecto, cū frater & soci⁹ capitiati sint, nec quicquã, nisi vt Clericus & Ecclesiasticus, siue à Pontifice, siue à Cæsare habeat, licet temporalia sint, adeoque anceps oritur pugna, an cõpromittere potuerit, adeoq; an solus satis sua cõstitutione personam suam legitimauit. Debet enim ante omnia sufficiens fieri personarum legitimatio etiam parte † nõ vrgente ex officio iudicis. *dd. l. f. C. ed. Adri. tol. Specul. t. de rit. nn. §. 1. vers. sed pone.* Etiamsi iudicium summarissimū sit. *Vát. de nullitat. ex def. cõpar.* Cõmunis enim est sententia dd. quod Episcopus sine † cõsensu capituli, & citra tractatū præhabitū cõpromittere nequeat, nõ magis quã alienare, quia scil. facit vnū corpus, *Zurza cõ. opin. 77. & ibi Menoch. de arbit. iud. cons. 171. n. 43. & 44. lib. 2. cet. 2. Capic. decis. 93 n 3. & 4.* Tẽporalis enim est Ecclesiasticorū, tam in tẽporalibus, quã Ecclesiasticis potestas. *c. autem vt Ecclesiasticæ. c. 2. donat. vinius verbo Abb. quæ est com. opin.* Quibus accedunt, cõminatæ in vltimo scripto cauillationū vitandarum occasiones, in executione & nota quodãmodo, quasi referentes nõ viderint ante capituli in actis nullã mentionē fieri, vel eius interesse nõ allegatur. Quibus tamen non obstantibus, nostro præsertim casu, consensu capituli vel requisitione eiusdē opus non fuisse, puto, licet ad cautelã & pro maiori securitate factū sit. Nam quãuis is Episcopus, quicquid habet regaliū & superioritatis, nõ aliter quam Ecclesiasticus habeat, & eatenus duplicē personã sustineat, tñ quia temporalia ab Imperat. tm̃ recognoscit, nec quoad illa capitulo magis, quã alijs vasallis, aut alijs statibus suis obnoxius est, imo in omnibus, vt caput & gubernator est capituli, ideoq; liberam, non tantū generalē, potestatem habet. *c. cum nobis elect. c. nullus. 18. q. 2.* absurdum est, illum compromittere nõ posse in dubijs caussis, quod nimis fieret impar fratribus suis alijs & socijs, cum cœlo terraq; differat, compromittere ab alienationibus & obligationibus. Imo aliàs minus posset, quam alij administratores publici cõtra tradita. *l. magistri & l. Impp. pact.* Maxime in superiorē alias caussæ iudicem, coram quo, cæteris paribus, sine consensu capituli de omnibus temporalibus ad instar iudiciorum sint redacta, imo vice transactionum. *Castal. l. 1 trãsact.* Ideoq; *c. cum tempore, Arbitr.* quod in casu speciali limitato modo loquatur de iuribus Ecclesiæ & spiritualibus, Doct. ei legi innitentes vltra intelligi non possunt, per doctrinam Bart. *l. non solum.* Idque eo magis ꝙ regulariter non modo inter directos & vtiles dominos, de re feudali licite vnus, altero nõ requisito, cõpromittat, sed alteri eorū sine consensu alterius cum tertio, de eadē re si cõtrouersia sit, cõpromittere possit, modo sciat alter. *c. 1. §. vasallus. nu. 3. si de feudo def. cont. sit. & c. Aluar. c. 1. §. si inter de L. Corra.* Vt taceam, quam absurdum sit, Episcopum, qui omnium statuum suorū gubernator & rector esse debet in eas angustias relegare, vt nec q. dem inter suos, se & alios vicinos, maiores vel pares, quibus capitula aliquando infesta sunt, de dubijs caussis compromittere posset, & sic litigare cogeretē etiam cū periculo suo & suorum, propter discessum capituli, tanquam pupillus vel adultus, curatoris autoritate deficiente, vel vt inter socios inuito socio in re cõmuni.

16

17

Alterum dubium à Ref. etiam motū & refutatum est, quod scil. in Cam. potuisset compromitti, licet alias regulariter cõpromitti nõ possit in † ordinarium, iuribus à DD. Ref. adductis, adde Gram. decis. 9. Ego enim in hoc etiam stylo Curiæ inhæreo, modo iurisdictio ordinaria in hoc non impediatur, aut ei præiudicetur, aliâs enim per abusum aut non vsum leges tolli contra rationem iuris esse puto.

18

Actio quæ instituta?

QVatenus vterq; possessorio tantum egit: (quod tñ libelli conclusio Episcopi non admittit, nisi literã corrūpamus:) res est expedita, & cõcludo cum D. Ref. vti possidetis esse intentatū. Nã † illo etiam ius incorporale petitur, siue sit rebus, siue personis, & qualitercūque cõpetens. *Ferrar. libel. pro turb. poss. n. 3. Menoch. rem. 3. act. re: und. n. 115.* Si vero, daß der Wildtpan daselbst sibi in suo, & Eigenthumlichen zustehet/ vt cõclusio libelli habet, & in responsion. ad 1. art. Comitibus allein vitteilliche Obrigkeit zugibt/ Episcopus etiam in locis controuersis, non tãtum directus, sed etiam vtilis esse velit, quoad actionem intentatã, cum alias non esset controuersia, quia Comes fatetē, se etiã Wildtpan in dictis locis ab Episcopo recognoscere, sed ratione inuestituræ, quo cū Nidervvaldensibus feudis ipse etiam peculiare suum forestum lehen gemacht/ sed id Episcopus negat in intento donationis priuilegij, de non

19

de non præscribẽdo,& alijs iuribus proprietatem loci etiã introducentibus, prout & verisimile est, vt Episcop' Egelßbach & Hostatt hodie obtineat, ideo minora coniuncta eodẽ iure cẽseri hic subsisto, sane vtilis rei vendicatio pro talibus iuribus, iure proprietatis debitis tanquam fructus Rei dari posse videtur, si non obstat. Glossa & aliq *in § om.inst.de action.* Volunt, rei vendicationẽ pro rebus incorporalibus non dari, sed quia id refellit post Theoph. Thomas Iureus *in §.æquo actori. & Zas. d. §. om.* Ideo ego verum putarem hic institutũ possessorium vna non, sed solũ petitorium institutũ esse, quod non compatitur secum, *Dd. l. naturaliter. §. nihil commune acquir.poss. Ferrar. d.forma verbo ad cassand.* Ideo missis subtilitatibus pro veritate grosse & indistincte videtur dãda cõfessoria, siue iure quis proprietatis iura sua, siue seruitutis in alieno velit venari, siue quatenus seruitutẽ in re sua alteri negat, negatoriam cum Ref. darem. Nam dd. indistincte cõfessoriam & negatoriam dant, dum nõ distinguunt iure seruitutis vel proprietatis quis aliquid prætendat. *Zas. n. 24. §.æque & ibi Ias.nu. 31. & Zas. in intell.singul.c.11.lib.1. Oldend. Clas. 4.verbo cui & ad sup.act.3.* Non obstante, quod Impp. simpliciter venationes regalibus suis incluserunt. *Guido decis.218.Cæpol.ser.inst.1.21. num. 9. Dec.cons.27.* potest dici venationes de ꝑ se & nõ vt fructus proprietatis posse cõsiderari, & tum tam in proprio, quam alieno confessoria pati possunt. Secus si vt fructus proprietatis.

Prædictis stantibus aliud incidit dubium, quis actor, quis Reus vel vterq; talis dicendus, & quis ordo seruandus? Ex D. Ref. voto, vt ego intelligo, Comitem, tanquam qui in duplici hoc iudicio primus ad litem prouocauit, vel saltem expresse se actorẽ, & aduersarium Reũ nominat, vel saltem non negat. Actorem faciam. *l.in tribus iudic.* Quanquam cũ Menoch. *10.remed.recup.n.43.* hoc casu credendũ, quando alter titulo nititur, aliud dicendum esset. Sed ego Ref.sequar, vt vltra Ref.non ratione tantum processus, sed etiam decisionis caussæ libellum & omnia, quæ Episcopus prætendit pro Exceptionibus meritorũ caussæ principalis vsurpabo, vt mihi & Dominis breuitatis gratia parcam.

Quoad Comitẽ igitur, qui tãtum possessorio agit, extrema sunt ab vna parte possessio, idq; tam tempore cœptæ, quã contestatæ litis. *§. sed & interdicto.§.retinendæ, vbi Fab.nu.21. & 24.interd. Ferrar. d.loco Affl. decis.156. & 344.* 20 quorũ † tamen primo probato, alterum per se sufficit præsumptiue probari, quia reijcitur ꝓbatio in aduersarium, *Cacher.decis.43.* Ex altera parte turbatio. Possessio Comitis in omnibus locis, de quibus quæritur, nõ modo per ipsorum, sed Episcopi plures testes probata est, & sic generaliter nõ vt Episcopi restrictiue, ꝙ notandũ puto, licet testes Episcopi dẽ Vogelherdt vff der lincken Seitte/ deß Schweinerichs aut non, vel non satis legitimũ, aut certum comitem faciunt, idque non modo ratione deß Wildtpans. Sed etiam der Vogelherdt / in quo tãtum inter aliquot testes Episcopi & Comitũ magna reperitũ differentia. Dñi etiam accusandi, ꝙ qui ab Episcopo testes producti pro magna parte possessionẽ in Wildtpan/ lõgam, non vi, nõ clam, non precario dicunt Comitũ fuisse, & ijdem testes in Vogelherdt/ aut præter paucos non negant, si coniunguntur testibus Comitũ, qui de vtraq; idẽ vnanimiter dicunt, cũ ab Episcopo producti reprobari nequeunt, scil.eund. *gl. Bald. & DD. in d.l. si quis testibus. C. test. Innoc. Abb. & Fel.c.præsentiũ extra eod.* Et in Wildtpan nullus sit, ꝗ obstet testiũ cõflictus, victoriã quodãmodo pendere necessitate etiã iuris in possessorio pro actoribus, etiamsi titulus Rei ꝓbatus esset. Cũ ad colorandũ tantum in possessorio se egisse in Cõclusionschrifft declarauit, ꝑ tradita. *Ferr.d.loco* & ꝗ dixit late Ref. titulũ nõ excusare, vbi in possessione alterius probationes præualent, secus probationibus paribus.

Eo ꝓsupposito, testes, qui Comitũ possessionẽ in Wildtpan & Vogelherdt in omnibus locis controuersis attestantur, eã etiam à maioribus suis, & sua vita, se præsentibus ideoq; cõtinuata Comitũ & legitima possessione actus oẽs, de quibus dicunt, se exercuisse, & inprimis notabiliter eorũ 12. 34. in 1. Rotulo ad 3. & 5. cũ interrog. 7. & reliqui seqq. oẽs vsq; ad 21. inclusiue ad 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & vlt. positionalẽ cũ interrog. qui vltimus de fama circumcolentium est, & multũ in vicinalibus limitũ & finilium iurũ antiquorũ cõtrouersijs facit & probat. *Hier. de monte. de finibus.c. 62. & 66.* Item 2. Rotulo in pũcto positionalium 1. ad 3. & 5. art. ad eius 5. 6. Interrog. Itẽ primus. 2. 4. testis ad 5. 6. 8. &c. tandẽ in puncto defensionaliũ vltimus testis ad special. interrog. 9. art. defension.

His concordant Episcopi testes saltẽ biß an Bachbrunenbach/ qui abest licet parũ à limitibus Comitis Bachbrun/ Raßfeldt/ Birnbach/ Petterßee vnnd Steinenbrucklein/ quod tamen parum referre puto, si loca media, aut controuersa, & principalia, quæ de Wildtpan obnoxia, vterque sibi exclusa altero contendit sibi ad venandum deberi, probata sint, quia non de limitibus deß Wildtpans/ sed de eo quæstio est, wer ahn articulirten Orrten zu jagen/ vnd die Vogelherdt zu verseyhen besitze/ vt ille manu teneatur. Hic pro limitibus ipsiusmet Episcopi test. 1. 5. 6. 9. 10. 11. 12. 13. & 31. ad 4. probationalem Episcopi, similiter 7. & 9. Episcopi testes ad 5. & 6. art. & 27. ad 13. de Vogelherdt/ tamen hi testes, & pleriq; omnes, de quibus in elisione dicturus sum, etiam ab Episcopo

ſcopo productl in Hoſtätter marckung/ vnnd ahn Schweintriebs vff der lincken Handt/ Epiſcopo tribuunt die Vogelherdt / ad 4. & 5. art. cum interrog. de quo primũ in eliſione. Nam in alijs locis Epiſcopus neque Wildtpan/ neq; Vogelherdt modo, quo ſupra in prima accuſatione, quicquam probaſſe videtur, niſi quoad Vogelherdt omnes locos controuerſos, qui à ſiniſtra parte des Schweintriebs, ſiti ſunt in Hoſtätter Marckung, includamus, cum per teſtes pdictos, qui à ſiniſtra parte Schweintriebs Epiſcopo den Vogelherdt tribuant, nullum finem vel limitem alium conſtituant Marchiæ Hoſtatt/ & nos ex actis ignoremus, an loca ſupra nominata, in quibus Comites quoq; poſitionem der Vogelherdt probarunt, vnter die Hoſtätter Marck gehören oder nicht. Illud vero ſciamus, quod à ſiniſtra parte ſita ſunt. Et tamen cum teſtibus concurrit vtrinq; facta cõfeſſio, de qua etiam multi teſtes, daß der Vogelherdt dem Wildtpan gemeinſich anhange / ideoque latius diſtinctione vel limitatione aliqua hoc dubium decidendũ erit, vt vtriq; ſein Vogelherdt ſaluæ ſint, cum extra Hoſtätter Marckung Epiſcopi teſtes, & fere Comites cõueniant in eo, quod Comites tam Wildtpan/ quam Vogelherdt zu verleyhen haben. Debet

21 enim in † probationibus quoq; ita interpretatio fieri, vt ſcili. veriſimilitudine teſtium dictarum ſaluetur. *l. 3. §. itaq; l. ob carmen. §. ideoque Teſt. Crauett. de antiquit. temp. §. materia iſta. nu. 112. cum ſeqq.*

Concludo igitur ratione Wildtpans in omnibus locis controuerſis cum Ref. Comitis intentionem probaſſe etiam ratione Vogelherdts auſſerhalb Hoſtätter Marckung vff der lincke Seitten/ des Schweintriebs/ kan doch nit ſagen/ wie weit dieſelbe Hoſtätter Marckung gehet/ möchten ſonſten den Graffen in locis per eum probatis mit abſprechen.

An Eliſa?

HIc Epiſcopi actionis optima fundamenta pro exceptione & eliſione vſurpabo, & ſi licebit dominorum pace tempori parens vnum laborem pro duobus faciam.

Primo. Se fundat in donatione, Henrici. 2. Imp. deß Wildtpans vff dem gantzen Grun-

22 waldt/ quæ cum † generalis ſit, ſaltem ratione proximorum locorum controuerſorum includit omnes ſpecies & media, *Eberh. loco à genere,* ſed hoc argumentũ non modo per inſtãtiam notoriam, ſed etiam ex multis alijs cauſis, per aduocatum, præſertim vero d. Ref. ita puto ſublatum, vt non putem dominos plura requirere, præſertim vero cum rubrum non reſpondeat nigro, quia eſt eo generalius & latius patens.

Secundo. Ab anno 23. nullum ſurſum deorſum verſa.

Tertio. Quod Epiſcopus Felix vff dẽ Grunwaldt inter partes de locis pximis ratione des Wildtbãs & intra circulũ pacificator fuerit.

Quarto. Interim quoq; Comites Seſclaẽnſes, non tantum Nideruualdenſium foreſta, ſed & propria ſua, vel ante ad ſe pertinentia, Eccleſiæ Heiligbergẽſi ſubmiſerũt, quod neceſſario præſupponit, ipſos etiã aliquot foreſta habuiſſe, q̃ extra loca cõtroverſa nõ video.

Debet autem fieri interpretatio in loco *in der Lebenmarckung* nominatim expſſa, quæ cũ toto comitatu Seſclaẽnſi ad Eccleſiam peruenerunt, fruſtra inſerta ſunt, cum ne verbum

23 † quidem in contractibus & tranſactionibus debet eſſe otioſum. *l. Titiæ. §. idem interdicit v. obl. l. ſi quis. l. 1.*

Secũdo. Se fundat in poſſeſſione *des gantzen VVildtpans vff der lincken Seiten der Ladſtraſſen*, ex ſupra *Klag Articul*, qui eſt 4 probatorialis, & videtur probari p. 1. 2. 3. cum interrog. Atq; in ſpecie ratione *des Vogelherdts zu vergleichen in Hoſtatter Marckung.* Item plurimi teſtes, qui pro maiori parte addunt, *auff der rechtẽ Seiten des Schvveintriebs ſey es Seſchlaiſch.* Quod dominis puto notandum, ad cõfirmandam intentionẽ Comitũ, & 7 d. cõcordat contra Comitũ teſtes ad interrog. 14. art. in 2. Rot. Comitum. Et cum teſtes Epiſcopi plures ſint, neq; ſuſpecti magis quã Comitum, adeoq; in ſpecie de huiuſmodi *Vogelherdt* in poſſeſſorio deponant, cõtra teſtem etiam iam vltimo nominatum, & à Comite productum habeant, maiorem fidem merentur. *Gabriel. lib. 1. de teſt. concl. 1. n. 7.* vbi etiã plura attẽdenda dicit, n. 50.

Tertio. In priuilegio Imp. Caroli V. de pręſcribendo. Nam cum præſcriptio ſit Iuris ciuilis, videtur Imp. eam † tollere poſſe, ſaltẽ ius

24 querendum per eã. *Mynſing. cent. 4. obſ. 8.* Nam & ſtatuto præſcriptio tolli poteſt. *Gabriel. lib. 5. de praſcript. concl. 4.* ſed hoc argumentum quoad actionem in poſſeſſorio tantum plus probat, contra quam pro allegante. Nam pręſupponit poſſeſſionem Comitum ſaltem, ex qua ſola licet non præſcripſerint, obtinere in hoc debent, quia titulus non requiritur à parte poſſidentis. E contra à parte non poſſidentis non releuat *per ſupra d. & per Dn. Refer.* Cum poſſeſſor hoc ipſo quo poſſideat in interdicto vbi poſſidetis plus iuris habeat, quam qui non poſſidet. *l. vt frui ſi vſus fr. pet. l. vltima C. R. vend. l. 2. vti poſſid.* Et cõtrarium, ſc. quod Imp. ſimpliciter & indefinitè præſcriptionum priuilegio † tollere aut impedire ne-

25 queat, tenet Fab & Bart. *Auth. quas actiones. C. SS. Eccl. vbi Fab. circa medium.*

26 Quarto. Regiſtris † documentis antiquis, quæ in antiquis plene probãt. *Parſ. cõſ. 4. verſ. ſed aduerte. n. 3. p. 4.* ſed in poſſeſſorio mere, cũ facti ſit poſſeſſio magis, quã iuris *l. 1. §. ſi vir & vxor. acquir. poſſ. 13. & Dd. in rubr. t. d. l. 1. d. t.*

Ex

Ex his aliunde non probata vel præsumpta 27 possessione, eandem non probant, cum nec † instrumentis probetur possessio. *Rebuff. matr. poss in præfat. nu. 83.* Et contrario probato, nihil probant. *Boer. decis. 105. Cravet. cons. 54.* Idq; eo magis, quod & rei talia produxerint. 28 Et regulare est, quod probationes † exemplorum propriorum vel ex propria domo desumptorum suspectæ sint. *l. exemplo. C. de probationibus. l. nullus C. test. concludend.* Ergo non elisã, nisi ratione des Vogelherdts von Schweintrieb oder Schweintriebsgraben hinab biß zu der Niederweidt oder Riegelgarten vff der lincken Seitten.

Quid pronunciandum?

CVm sententia debeat esse conformis libello, quod ego intelligo quoad actionem institutam, non autem narrata. Nam eatenus vltra, quam probatum est, pronunciare nequit, & hoc non vt narratum & petitum, per omnia probationes respondent. Quoad Episcopũ ratione adiudicationis dominij des Wildtpans in articulatis locis indiscriminatim. Quoad Comites, quod ipsi in 5. articul. den wildtban biß gegen Bachborn & Steinenbrücklein extendunt, testes autem ipsorum & pleriq; ex altera parte die Wilde dem Niederbronnerbach dißseit nennen/ vnndt das darüber Comites nit zu jagen. Cum tamen ipsi Comites totum Wildtpan & Vogelherdt in omnib⁹ articulatis locis tanquã dependens von Wiltpan habere velit, neq; tamen hic (vt 5 obiter admonui:) de finibus des Wildtpans principaliter litigetur, interim tamen, quia Vogelherdt propter diuersas probationes Episcopi, & Comitum circa longitudinem vel latitudinẽ der Hostätter Marckung / in ipso medio & centro locorum controuersorum dubitatio oriatur, cum nos non scimus, wieweit die Hostätter Marckung vff der lincken Seitten von der Satt Rullingen außgehen. Cauẽdum nobis, ne si simpliciter Episcopi testes sequamur in eo, quo Hostätter marckung auff der lincken Seitẽ des Schweintriebs/ Episcopo die Vogelheidt zuverleihen tribuunt, contra naturam & intentionem tacitè Comitibus von den Orten / da auch sie die Vogelheidt beweisen / absprechen. Nam cum 15 teste Episcopi (qui totũ Grunwaldt Episcopo zu volgen vbergibt:) ad 4. probationalem 18. eiusdem testis. Concordat etiam Comitum in 2. Rot. test. 9. ad interrog. 14. art. quæ omnia domini videant, cum reprobari nequeant. In concipienda igitur sententia & distinctione ahn streitigen Ortern die Vogelherdt zu verleihen / mallem dominos audiri primum propter facti intricationem, quam vt me audirent. Si me primo etiam de forma sententiæ dicere oportet, pronunciarẽ Episcopo nit gepühre / d. Graffen an den in A-ctis articulierten Orttern an seinem Wildtpan vnd Vogelherdt zu turbiren/doch ausserhalb der Vogelhert in Hostätter Marckũg võ Schweintrieb hinauß biß Speckwünckell loch auff der lincken Seitten des Bachs/ provt eũ condemnamus compensatis expensis, interesse & dãna, non video, cum Comes nunquam possessionem intermiserit, ita pronunciando videtur satis consultũ Comitibus, etiã ratione ipsorũ Vogelherdt. Nã posito Hostätter Marckũg vlterius ꝓgredi, & etiã Scheidswald & Willersee cõprehendat, securi erimus, quia specialis ꝓbatio elidit generalẽ, & sentẽtia tamẽ nostra quaten⁹ Comitib. etiã Vogelherdt adiudicamus vff der rechten Hand des Schweintriebs operabitur: sin autẽ Hostätter Marckung circũscripta à minorib⁹, quam nobis notis finib⁹, Comites eo plus obtinebunt, quia nostra sentẽtia extra casum exceptũ generalis est. Igelsbacher marckung ratione Vogelherdt Episcopi tribus 5 dictis testibus ꝓbatæ, mentionem nõ facerem, qa illi testes numero & verisimilitudine vincunt. Item contra hos testes pugnat confessio vtrinq;, daß der Vogelherd dem Wildtpan anhange: qq; Comites ꝑ plures testes ꝓbauerunt indefinitã & generalẽ possessionem, tam ratione Vogelherdt q̃ Wildtpan/ licet illa probatio nõ tantũ ad Hostätter marckung restricta sit, cuius tamẽ fines ignoram⁹ per speciales & verisimiles ꝓbationes elisa sit, secus ratione Igelßbacher Marckung/ de qua tantũ tres 5 dictos testes repio, quorũ n. 15. nõ tantũ singularis est, sed & contra omnes alios testes deponit. Saluo. &c.

Votum D. Cairi.

COnstituendo ex ordine ꝓcessus Comites tanquã primo prouocantes ad iudicium actores, cum D. R. quoad actionem institutam sentio, eamq; à Comitibus quoad Wildtpan omnino, ratione vero des Vogelherdts, excepto der Hostatter Marckung / in sinistro deß Schweintriebs in quo solo pũct. võ Schweintrieb/nẽlich hinauß biß zum Speckwinckelsloch ab Episcopo, nõ autem in puncto foresti elisa & ꝓbata. Nec releuare potest actorem, quod ratione deß Wildtpans/ tanquam principalis, eius possessionem satis luculenter probauit, velit etiã adiudicari die Vogelweidt tanquam accessorium & dependens. Quia † aucupiũ & 29 venatio sunt diuersæ & separatæ species, *Gail. obs. 24. n. 4. pignor.* Ex quibus ab vna ad aliam non fit bona illatio. *l. inter stipulantem §. rem sacram de verb. oblig.* Præsertim cum alius sit in successione alterutrius. Separatorũ † nam- 30 que separata debet esse ratio & dispositio. *l. Papinianus Minor.* Vnde formam pronũciandi à D. Corref. dictatam, tanquam securiorem & tutiorem amplector cum expensis.

Votum D. Camerarij.

INter RR. quoad pronunciationem deß Wildtpans conuenit, cum quibus & ego transeo. Quoad Vogelherdt in effectu conuenit. Quoad pronunciationem ad euitandum contrarietatem ob id, quod certè res nesciatur ahn Hostätter Marckung generaliter vel specialiter ab illis vsurpetur. (Licet ego Hostätter Marckung tanquam restrictiuum & separatum quid à cæteris articulatis locis intelligam) discrepent, consentio cum D. Corref. compensatis expensis.

Votum Alius.

QVoad Wildtpan cum R. in puncto der Vogelweidt / si Comites constituantur actores, vtpote qui primum ad iudicium prouocarunt, iniuria non fieret ipsis, si tantum in locis probatis ab ipsis, Vogelherdt ipsis adiudicaretur, sed quia versamur in iudicio, vbi vterque reus & actor, & præsertim in compromisso Comites etiã præsumptionem habeant pro se, cui *VVildtpan*, illi & *Vogelheidt*, mitiorẽ & æquiorem sententiam sequendam puto, vt Episcopo tantũ loca illa, de quibus testes deponunt exclusiue inseruentur, iuxta mentem vtriusq; dominorũ RR. *a Schvveintrieb in Hostatter Marckung zur lincken Handt hinauß biß zũ Speckvvinckels loch*, compensatis expensis.

Votum Alius.

Actionem ex parte Comitum probatam, per omnia, & non elisam, nisi ratione *der Vogelheit*, vt Domini propterea reum cõdemnare possint, excluso saltẽ illo loco (sc. quoad *Vogelherdt*) Compensatis expensis.

Votum Alius.

QVoad actionem, possessorium, idq; probatum. Quoad ius venandi in pũcto *der Vogelherdt*, puto nos securos vtrinq; fore, amplectendo sententiam Corref. q̃ sententia in effectu videtur etiã conuenire cum D. Ref. In puncto Iuris venandi in sententia vellem exprimere extremitates iuris foresti *biß auff den Bachbronnerbach vnd steinen brucklein*, de quibus pleriq; Comitum testes deponunt, adductis rationibus probabilibus scientiæ. Saluo.

Votum Alius.

QVoad actiones vtrinque intentatas cum Dd. RR. Comitum partes, quoad possessionem *des VVildtpans* potiores esse, ideoque constituendo eos cum RR. actores, putarem actionẽ quoad *VVildtpan* ꝑbatam, & non elisam, pronũciando in hoc pũcto *daß* Episcopo *nicht gepuhre* Comites *ahn jhren VVildtpan in articulirten, oder denen* in actis *angezogenen Ortern, zu turbiren*, nulla expressa seu speciali singulorum locorum cõtrouersorum mentione facta, sed extremitatum tantũ, videlicet *vom Bachbronnerbach biß auff das Steinernbrucklein* inclusiue, ne forte singula loca exprimendo in lapidem impingamus, præsertim cum hic non specialiter de finibus *des VVildtpans*, sed de ipso iure foresti cõtendat. Quoad *Vogelvveidt* res aliquantulum difficultatis habere videtur cum propter generalitatem ac varietatem testium, dum nonnulli Episcopũ vniuersalem possessorem *der Vogelvveidt vber den gantzen Grunvvaldt*, alij *võ Schvveingraben hinauß biß auff das Speckvvinckels Loch, vff der lincke seite*. Reliqui vero Comites tã ratione *VVildtpans*, quam etiam *der Vogelvveidt* in locis controuersis possessores constituant. Aliqui addunt, *daß* Episcop⁹ *auch etliche Vogelheidt der Orter habe*. Nonulli hæc omnia ad *Igelßbacher* & *Hostatter Marckung* restringunt. Dũ vero ꝑpter incertitudinẽ *der Hostatter Marckung* ex actis iudicio meo non satis constet, *vvo derselbe anfange, vnd vvie vveit sie sich erstrecken*, ita vt definitio huius puncti videatur esse difficilis & periculosa. Sed vtut sit, cũ negari non possit, quin Comitum possessio ratione maioris partis aucupiorum in locis litigiosis, veluti *ahm Scheidtsvvaldt, Niedersee, VVillersee, &c.* & alijs in 5. art. specificatis locis, quẽadmodum & in reliquis à dextro latere *der Schvveintrieb herauff biß zum Speckvvinckels Loch allein die Hostatter Marckung außgenommen*, possessionem Episcopi vincat, cum ipsorum probationes sc. Comitum, non tantũ numero testium in genere, *die VVildtpan* & *Vogelvveidt*, coniunctim deponentium, sed & tẽpore & præsumptione iuris propter *VVildtpan*, vt sc. qui *VVildtpan* habeat &c. alijsq; rationib. specialibus in specie prævaleat: ideo putarẽ, Episcopum in hoc puncto *dem mehrer theil der Vogelherdt* in genere & specie *ervveißen*, cõdemnari posse, reseruata tamẽ eidem Episcopo possessione sua iuris aucupãdi *in ermelter Hostatter Marckung*, quam sane reseruationẽ ita faciendam & moderandã esse arbitror, ne forte dictũ districtũ nimiũ extendendo vel restringendo cuiquam partium plus æquo adiudicemus. Episcopum igitur quoad *Hostatter Marckung* tacite, quem expresse absoluere vellẽ, cum in tacitis minus periculi sit, quã in expressis, & iudex alios condemnando in vno, videatur in reliquis absoluere, si enim Episcopo quoad *Hostatter Marckung*, de cuius finibus adhuc incerti sumus, expresse & absolute postea comperiretur, vnũ vel alterum locũ in quibus aucupatio Comitibus adiudicatur, in d. districtu situm, dominorum iudiciũ sit, qualiter talis processus error & cõtrarietas excusari possit, sequenti igitur modo pronunciandum putarem.

Sententia.

IN Sachen N. Compromiß / ist allem vorbringẽ nach zu recht erkant / daß gedachtem Beklagten nicht gepühret

vführet noch geziemet habe / sie Cläger an jhrer possession vel quasi deß Wildtpans in denen in Actis vom Bachbronnerbach ahn biß an dz steinern Brücklein angezogē / deßgleichē der Vogelherdt am Scheidtswald / Willersee / Lichtwald / Compens. Expens.

Votum penultimum.

DE actione, vt alij domini vtili interd. vti possidetis actum. Et licet Episcopus petitorium cum eo cumularit, quod fieri potest, 31 quando lis est † super iuribus corporalibus. *l. sicuti. §. arest. si serv. vend. Menoch. nu. 339. 3. retr. redint.* tamen quia de possessorio magis liquet, quam de petitorio, in eo possessorio pronunciandū existimo iuxta tradita Panorm *c. pastoralis. nu. 22. caussa poß. & ppriet.* si enim cōstat de possessorio, potest super eo pronunciari omisso petitorio nō probato. *Roland. cons. 42. n. 29. vol. 3.* Quoad Wildtpans sufficienter probata, *vt late p DD. RR.* Sic in pūcto die Vogelweidt belāget / propter Vogelheidt in Hoſtätter marckung / de quibus Episcopus probauit, Comitis etiam possessio dictis testium satis probata & confirmata. Quoad Elisionem cum DD. RR. actionem non esse elisam. In eo igitur præcipua difficultas consistere videtur, quando pro Comite sententia concipiatur, ne ei plus vel minus quā probauit, tribuatur. Et quidem cū in actis quasi possessionē Comititis in omnib⁹ illis locis inueniam in 2. 3. 4. & 5. eiusdem articulis specificatis, per testes magno numero satis probatā existimarem, illos in sententia exprimendos esse.

Votum vltimum.

EGo in ea sum sententia, vt existimem, q̄ etsi expresse constaret, daß der Scheidtswaldt / Willersee / Lichtwald / in der Hoſtätter marckung gehörig / nihilominus tamen Comites præferendi essent propter specialiorē atq; fortiorem ipsorum probationem der Vogelherdt. Iam vero, si Episcopū generaliter in articulatis locis nulla supra dictorū quatuor locorum speciali mentione facta condemnaremus, seruato tantū ipsi iure aucupandi in Hoſtätter marckung / vnd sich hernach befünde / dz derselben Orter eines oder mehr in Hoſtatter marckūg gehörig / Sequitur hoc ipso, Episcopū etiā quoad dicta quatuor loca absolutum censeri, quod non solum meæ, sed etiam D. Ref. & quantum ego intelligo etiam reliquorum dominorum intentioni, saltē pro maiori numero expresse repugnaret, & nō minima actoribus iniuria fieret. Ad talem igitur absurditatē præcauendā adhuc existimo, in pūcto der Vogelweidt supra dicta loca in specie sentētiæ inferenda esse. Saluo &c.

Hæc sententia promulgata est 20. Martij. 79.

DECAS III. VOTVM II.

Jn Sachen der dreyen Gemeinden Rohrenbach / Schlehendorff / vnnd Holtzer / Cläger / Wieder Herr Otto Grauen zu Whina vnndt Sonnencklar Beclagten. Anno 78. D. Schiller. R.

Jn Materia Hagens vnd Jagens / Wildtpans vnnd Forstlicher Obrigkeit.

SVMMARIA.

1. *Actionis negatoriæ requisita.*
2. *Præscriptiones non sunt vniusmodi omnes.*
3. *Qui habet antecedens, habet & consequens.*
4. *Dicta testium non tam ex verborum cortice, quam ex sensu æstimanda.*
5. *Initium cuius certum non apparet, in remotissima tēpora sursum versus durasse p̄sumitur.*
6. *Præscriptio per contradictionem aduersarij rumpitur.*
7. *Præscriptionis seruitutis requisita, & 8.*
8. *Scientia rei alienæ etiam sine mala fide impedit præscriptionem.*
9. *Venandi jus qui habet, ius quoque habet* deß Hagens.
10. *Seruitutes sunt stricti iuris, nec extendendæ.*
11. *Interpellatio extraiudicialis de aliquo actu nō habet vim interruptionis.*

IN NOMINE Domini. Amen.

CAVSSA est simplicis querelæ, ideoq; de formalibus nō est quærendum, immediate imperio subsunt, nullę nullitates, neque de ijs partes conquerūtur. Procuratoria sufficiētia. De specie facti liquet ex actis. Actio. Petitio libelli inspicienda est, considerandum, quod principaliter intēditur. Sylua pnunciatur ab actore libera. Reo in sylua ibi nō competere ius venandi. Negatoriam

esse existimat, licet dubitari queat, an prædictæ actioni locus sit. Zas. *sing. intellig. lib. 1. c. 11.* putat negatoria vtili eũ agere. Requisita huius actionis † habet Rofredus. 1. Quod aduersarius vtatur iure seruitutis, quod actor sit dñs, quod sit liber fundus, q actores domini syluæ controuersæ, item *desselben alle vnde jede Herrligkeitten &c. Nutzbarliche vnnd Eigenthumbliche Recht*, habeant, non tm̃ testibus ad 1. 2. 4. positionalẽ sed rei insuper confessionem, cõprobatum est, qui in hoc nihil, nisi *Hagen vnd Iagen, vnd so der Obrigkeit anhorig* excipit, & sic requisitum 1. 2. 3. probatum est. Ergo & competit actori actio negatoria.

An Elisa?

PRimo. Vim huius seruitutis ptendere nititur, post ad confessionẽ cõfugit, titulũ format ex progatiuo, quã habet in subditos *in Geheim*, & hoc aliquot articulis probat, & quod habet ibi *die Obrigkeit*, putat etiã sic sibi cõpetere ibi ius venãdi. 2. Quod dicta sylua in suo territorio & *Sonnenclarische* fundo *liege*. 3. Docere intendit ex quodam vetusto extracto, q dicta sylua *in seine VVilt pan gehore*. Quoad pscriptionẽ in 16. articulo asserit, ius *Hagen* vltra 30. annos & vltra hominũ memoria vsurpasse; 16 testes Rei pro maiori parte de 30. annis, & amplius deponunt. Verũ obstare ista nõ videntur, nã si prædicti testes recte examinenẽ, patet quod prim⁹ testis fuit *VVhinaischer Diener*. Examinatis præterea cuiuslibet prædictorum dictis & qualitatibus, apparet, eos nõ parũ esse suspectos.

Deinde examinat dicta testium ad 19. art. qui circũstantias nullas scit, nec scit qd sit immemoriale tempus. Dicta prædictorũ testium ad proband. 19. art. non sufficiunt: sed videtur pbatus 19. art. Ergo & *Hagen*. Sed diuersa sunt *Hagen vnd Iagen*. Reus non probauit, *das vvegen des Reisten jemandt gestrafft, oder daß das Hagẽ in befindũg* Rei *gevvesen*, sed ex dictis vtriusque partis constat, quod & Episcopus Brustag. ibi venatus fuerit. Item patet ex vtriusq; partium dictis, *daß sie sampt vnd sonders den Hagen zu Dunckel haben*. Apparet ergo dictũ *Hagen* Reum nunquam quiete possedisse, aut ideo præscribere potuisse, cum præscriptio sine possessione nõ procedat. Iam venit ad titulum & refutat, quæ Reus pro titulo attulit.

De titulo nil probatum. Quinimo etiamsi probatus, & actorum intentio elisa esse videatur, tamen hoc loco aduertendum, de seruitutibus iuris *des Hagen* præcipue hic agi. Deinde agi etiam de hac seruitute, non vt contra singulos *der dreyen Flecken*, sed in communi & in genere. Item caussæ merita non ex vno aut altero, sed ex eo quod totis actis concordatis, verumquod probabilius saltem videatur, metiendum esse, item aliud esse, quando agitur de præscriptione seruitutis venãdi & *Zu hagen*. Illud namq; caussam habet discontinuam tẽpore, & alijs qualitatibus ab hoc: (scilicet, iuris *des Hagens*, quod continuam & permanentem caussam habet:) multũ differt, prout nec præscriptiones sunt vniusmodi. Alia namq; fauorabilis, alia odiosa, alia mixta. Et quidem ijs, quæ caussam continuam habent, longo † tempore 10. vel 20. annis præscribitur. *d. l. seruitutis, C. seruitut.* & hoc quando cum titulo possidetur.

Quando vero sine titulo, tunc scientia domini requiritur, & quidem titulus requiritur verus, vel putatiuus *l. Celsus de vsuc.* Quo loco etiam iustissimus error censetur in facto alieno, vt quod à maioribus nostris vsurpatũ fuit. *Bart. d. l. Celsus n. 4.* Quo loco consuetudo quoq; in hisce seruitutibus ac iuribus multũ momenti habere, attendi ac dominari debere, arbitratur, vt dñi iurisdictionis vel merũ Imperium habentes, venationũ quoq; iura in alienis fundis vsurpent. Et putat syluã cõtrouersam Rei, *Schloß zu VVulschieber am nechsten gelegen sey*. Et in nostris quoq; terminis verũ esse nõnulli putãt, vt qui habet † antecedens, habeat etiã consequẽs. *Zas. cons. 6. n. 3. & 23. vol. 2. Gail. lib. 2. obs. 69.* Sed à 10. ex testibus, qui de situ syluę vel *Anstoßen*, loquũtur, patet, *das* Reus *an d. VValdt daran sonsten zuhagẽ vnd jagen hatt*, itẽ *vermutlich das VVhina naher liege, dan Brustag*. Et quia designatio exhibita potuit Reo patrocinari. Hæcq; & similia putaui tituli loco esse, quæ omnia quoq; Reo bonam fidẽ tribuere, aut saltẽ à mala excusare posset, qd alioquin mala fides nõ præsumitur, nisi probeẽ. Et quidem, quod dictum est de iustissimo errore, quando à maioribus nostris vsurpatum fuit, & qui habet antecedens, &c. Si dicta testium vtriusq; partis in communi examinentur, constabit Rei maiores, in dicta sylua venationẽ exercuisse, ita quod de certo eius initio non constet, nec aliquid subsit, quod dubium illud faciat, quia & nonnulli testes disertis verbis deposuerunt, nõ se solum nomine *der von VVhina* in dicta sylua venatos esse, sed etiam sic vsurpatum fuisse à maioribus suis audierint.

Et licet non ita ad amussim ea hic cõcurrant, quæ ad tempus immemoriale probandum alioqui requiri solent, tamen verum esse puto. *Zas. d. supra alleg. loco. nu. 14.* vbi scribit dicta † testium non tam ex verborum cortice, quam ex sensu æstimanda esse. Et in remotissima tempora sursum versus durasse † præsumitur, cuius certum initium non apparet. *l. si arbiter. & ibi gl. probat.* Et quod in dicta sylua *vor 30. jharen auffgericht*, hoc non est controuersum, *ob der einer daruor gevvesen*, dubitatur Actores dicunt, *das da ein Stucklein gevvesen*, Ergo *ist eine darvor gevvest*, Actores in defens.

fenf. Rei principaliter, habe einen newen Hagen dargemacht. In summa, allegat dicta testium, quæ probant, daß da ein alter Hagen gewesen. Accedunt plures ex testibus Rei, qui vltra 40. annos de Hagen deponunt in specie, daß sie gejagt. Vigesimus tertij & alius, nisi quod hi viderunt, interfuerunt, & de circumstantijs deponunt; qbus tanto minus obstant actoris testes, q cum eiusmodi circumstantijs non deponunt, & insuper negãt ius, asserenti vero plus creditur; putat satis indicatũ, daß zu vor auch eine Hag dargestãdẽ. Quin etiãsi caussã quare in actis memoratã p Grãm. abgelegt/ quis inducat, tunc nõ nouitas rei, vnd dz Whina in d. Sylua nicht zu hagen. Sed illud poti' in caussa fuit, *das einer von Rhorenbach beschedigt*. Itẽ, *das der Bischoff zu Brustag vermeinet, er stehe auff seiner Obrigkeit*, vt quidam deponunt, & per solius dicti *Rohrenbach des Bischoffs Vnterthanen nicht geniessen*. Refert igitur distinguere, quale sit illud, cui præscribi debeat, & in quali versemur, vt supra dixi de seruitute *des Hagẽs*, hic agi & habere caussam continuam, Bonam item fidem. Et licet † per cõtradictionem aduersarij corrumpatur præscriptio. *Bald. l. si aquam. C. seruitut.* tamen illud non in nostro casu valet. Illud valere dicitur, quod præscriptio per actum validum corrumpi debet. Imo nec sola citatio corrũpit. Quod procedit etiã in præscriptione mixta, *iuxta Bart. Gail. d. obs. in præscript* Locum habere posse putat. D. Ref. præscriptionẽ per actũ validum fieri debuisse. Verũ liquet, quod Reus nunquã præsens *in jagen vnd hagen verhindert sey, sondern habe solches gethan* in absentia. Et licet in actis habeatur, q subinde *zerrissen*, nullibi tñ dicitur, quod in totum, & communicatum quidem consilio, aut tanquã communi nomine, vel iussu, aut mandato *der gemeinen d. Hag* fuerit sublatus. Nec sequitur, *sie haben davon gerissen*. Ergo *haben sie* Reo possessionem *turbirt*. Quoniam potuit illud etiam fieri, *vvan schon der nit streittig gevvesen*, vt quotidianus vsus docet, maxime huius loci, *da VVhina hie keinen Forster gehabt*, & fuerunt vt singuli, non vt communio. Et isti actus singulares, clancularij, furtiui, non debẽt eiusmodi habere effectum, *vnnd hat* Reus *vmb Befriedigung des Hagen angesucht, das ein jeder besonder sich des Hagen zu zurreissen enteußern solte, oder er vvolte seinen Forster dahin setzen, ist auch also dabei blieben*.

6

Non obstat, quod inter se cõcluserunt, *vvolle Hag befriedigen*, quia illud solum non interrumpit, cum appareat ex actis, quod Reo illud solenniter denunciarint, aut vel vna vice protestati sint, quãdo Reus *den Hag gebessert, oder gehagt habe*. Siue ergo de longissima, siue de lõga præscriptione dicamus, puta Reo præscriptionem non esse interruptam.

Et hoc quoad primum *Haag*.

Quod vero ad posteriores *Haag* breuiter infert, quod sicut seruitus iuris venandi, ipsum per se non infert *das Hagen*, ita nec si vni *Hag* præscriptum sit, illud in commune ad plures alios, vel liberam potestatem *des Hags* in d. sylua extendi debere (quamuis Fel. de præscript. *c. auditis. n. 119.* dubium in hoc casu faciat) maxime in his terminis, quia præscriptio est stricti iuris, quo casu placet melius mihi Gail. *obs. vlt. de pign.* quam huc repetit, supra dixit, *das es* actori *am Haag am meisten gelegen sey*, nec apparet, quod de *jagen hie geclagt, das jagen vvill er* in sententia *nicht haben*, nec vides, quomodo & quibus argumentis Reo ius venandi auferri posset, etsi dicatur ex vigore iuris *den Hagen* non præscriptum, tamen vix putat, quod primus *Haag* Reo ab hoc auferri potuit, & sic absurdum quasi sequeretur, *als vvan er ein schießberg hette, vnd* iure *verbotten vvorden zu schiessen, das derselbe auch den Berg hinvveg nehmen solte*.

Votum D. Correferentis.

IVrisdictio fundata, procuratores legitimati, citatio recte facta & re producta. Actio in rem Negatoria, quãdo directo sunt domini, vtilis quando sunt quasi Domini. Actio continet duo principalia membra iurium diuersorum, propter diuersitatem probationũ venationis, scilicet, & *Hagens*. Intentio actoris fundata supra tribus, quod dictus *VValdt der Sprung* pertineat *eigenthumblich* ad nominatos quatuor pagos, *vnderschiedelich mit einander, vnd in gleicher gemeinschafft*. Probatio huius primo consistit in confutatione responsionum ad 1. 2. 3. & 6. posit. cui concordant testes productumq;. Secũdo fundant se ex libertate syluæ, iuxta contenta 12 & 13. posit. Annectunt ibi etiã patientiam *des Hagens*, se nunquam fuisse passos, sed semp destruxisse libertatem fundi: probant testes actorum d. loco, dicẽdo partim, *es sey kein Eintrag geschehen*, partim, *sie haben von keinem Eintrag gehört*: quidam quod nunquam viderunt *das VVhina daselbst einen Haag gehabt*. His accedunt domini Rei testes, qui dicunt, *das sonsten niemandt Gerechtigkeit auff dem VValdt*, & quod sylua quatuor pagis *Eigenthumblich zustehe*, & his adsistit præsumpta libertas, quæ fauet dominis fundorum. *Ias. l. pug. quam N. vt op. nunc.* Et libertas præsumitur magis in rebus, quam hominibus. Quoad *Hagen* autem asserunt in posit. 16. & constat ex testif. & ipsius Rei cõfessione ac tenore defensionalium A. semper restituisse *den vorgenommenen Haag*. Ex quibus & alijs per eũ deductis, putat actionem propositam, quoad *Hagen auff dem VValdt*, probatam esse.

An Elisa?

REi defensiones præcipue dependẽt ex requisitis confessatoriæ, sed præcipuum, ex quo

quo se fundat Reus, in antipothosi est, quod ipsi & eius antecessores vltra 40. annos, ibi gejagt/ & quieti & soli, nec alijs hoc vti proprio iure permiserunt, & vltra memoriam hominũ nõ fuerũt turbati. Ad probationẽ vtriusq; seruitutis examinati sunt testes, & ꝓducta quædã documẽta &c. de quibus hoc late disserit. Deinde fundat se quod præcipuum est ex præscriptione. Verũ † ad præscriptionem seruitutis, 7 habẽtis caussam continuam, qualis hæc est, requirit, ꝙ quis ea sit vsus iure seruitutis. Quod vero, das Haag machen cẽseatur fieri iure seruitutis, cũ habeat caussam & factũ durãs, putat ex iure notũ. 2. Requiritur vt pscribẽs habeat bonã fidẽ, vt quia credit sibi cõpetere seruitutẽ. *gl. l. f. C. de seruitut.* Et licet quãdoq; in dubio pſumatur bona fides, secus tñ est, quãdo de nõ titulo cõstat. Itẽ quando scit alienũ fundũ esse. Tũc n. scit vel scire debet, vti non posse fundo sine licentia Dñi. Item debet in casu, vbi bona fides pſumitur deduci & allegari, qa super nõ allegatis non cadit pſumptio. Si itaq; nro casu articulata & probata ppendo, nõ possum arbitrari à tẽpore, quo prima materies est facta, & statim diruta postmodũ, & sępius disputato d. Reos & eius parẽtes in bona fidei possessione esse potuisse, cũ iuris sit, quod vniuersalis successor heres sit vitiorũ. Titulũ nõ video, nec putatiuum, distinguendo ipsum ius & dominiũ, 8 ꝙ prætẽditur à caussa dominij, sed & † scientia rei alienæ etiã sine mala fide impedit præscriptionẽ. *Bald. præscind. 6. p. princ. 3. p. quæst. 3.* Nec releuat die Whina verzeichnuß, tũ quia est priuata scriptura sine die & consuletũ non est authentica, & nullius fidei. 3. Reqritur vsus cõtinuus, nõ interruptus, sed ex ꝓbatis nostris non video, tm̃ ad præscribendũ spacio, alicubi in sylua stetisse quiete der Haag/ neq; hoc Reꝰ in specie allegat, sed potius fatetur, vt supra dixi, daß der Haag allemahl zurissen/ prætenso modo via facti &c. Et sic fatetũ, naturalẽ interruptionẽ, q̃ fit varijs modis, inter cætera vero, extinctis ijs, quę ad substantiã eius requirũtur, vti sunt possessio, bona fides, titulus, res ipsa.

Tandẽ opus est in eiusmodi præscriptione, scientia & patientia aduersarij, quia ad hoc vt præscribatur seruitus, requirit quasi possessio seruitutis, ꝙ haberi nõ potest nisi patiẽtia mediante aduersarij & cõcurrentibus duobus, videlic. vsu seruitutis, & ꝙ aduersarius sciuit necessario. Ideoq; dicit Bart. *l. 2. C. de seruit.* sis cautus, ꝙ semp facias articulũ de scientia & patiẽtia aduersarij. Verũ hoc casu à Reo nec articulatũ, nec probatũ de dicta sciẽtia ac patiẽtia actorũ. Reus ius foresti siue wildtpã Gerechtigkeit nunquã exercuit, ꝓut ex defension. cõstat, cũ Wildtpã & Blutpã/ cõpetat his, qui custodiendi, tuendi, & animaduertẽdi: itẽ puniendi ob id quod mãdant, ius habẽt. Cõstat n. ex ꝓbatis, ꝙ reus nõ solus, sed priuatiue, tanto minus, ꝙ ohne menniglichs Verhinderung vnd Eintrag/ gejagt vnd gehagt. Cũ itaq; tota vis decisiua, & cardo negotij principaliter cõsistat ac depẽdeat ex dictis testiũ, ꝓ q̃ dicta substãtialia requisita in præscriptione seruitutis huius continuæ, meo captu, imprimis vero bona fides, sciẽtia & patiẽtia aduersarij, certa, cõtinua & quieta possessio, ꝓbata nõ sint, ibiq; attendãdæ qualitates personarũ & depositionũ, ita vt subditis domesticis, vasallis, & aliqua ratione affectionatis, tãta fides nõ, vt alijs sit tribuenda per iura &c. Si quãdo plures cõtradicunt, recurritur primo ad autoritatẽ. 2. ad verisimiliora. 3. ad multitudinẽ, vt credatur his, qui aptiora & verisimiliora deponũt, magisq; senibus, quã iunioribꝰ, putat his omnibꝰ attẽtis, imprimis etiã ob fauorẽ libertatis, intẽtionẽ actorũ, quoad Hagen vff dem Sprung/ nõ esse elisam.

Et cõcludo quoad Jagen/ siquidẽ, Reus vel iure seruitutis, vel tanquã cõsors & Dñs syluæ prædictæ, vigore der Gemarckschafft/ vltra hominũ memoriã venatione vsus est, id quod ego magis attẽdo, ipsum Reum accumulatiue, siue exclusiue, à lite absoluendũ. Non .n. constat, quod ius negatiuum cõtra alios cõdominos, nec eorũ subditos pscripsit, vel alio modo cõsecutus est. Neq; necessario sequitur, seruitutẽ habet ex præscriptione vel alio modo. Ergo non nisi determinate & priuatiue. Cum autẽ limitate eiusmodi iura adferantur secundum plus & minus, manente substantia scil. iuris acquisiti, vt ad sensum patet & frequentatur, in venationibus, pascuis, lignationibus & similibus iuribus. Sed quoad Hagen/ cũ eius diuersus sit respectus & cõsideratio, seque in præiudiciũ, læsionẽ, & ad causandam inæqualitatem consortum extendat, per prædicta & deducta, secundũ petita libelli pronunciandum cõludo expensis cõpensatis. Saluis dominorum iudicijs.

Votum Tertium.

CAussa in duabus versatur seruitutibus, q̃ habẽt caussam cõtinuam & discõtinuam. Video, quod iure des Jagens/ vltra 20. annos sine vlla interpellatione R. vsus fuerit, & sic pscriptã seruitutẽ esse, & cõcludo quoq;, qui habet ius † venãdi, ꝙ ille quoque habeat ius des 9 Hagẽ. Necessario igitur sequitur, si cõcessum sit Reo ius venationis, concessum quoq; esse ius deß Hagẽs. *Zas. cons. 6. lib. 2. Gail. obs. 169. & in f. obs. lib. 1. & 2 de pign.* vbi cõcludit, qui habet ius venandi, eum quoque habere ius des Hagens. Verum nolo ex hac conclusione inferre, licet, vt dictũ est, habeat ius des Hagens/ quod etiã illi licitũ sit, ligna cædere ad vsum des Hagẽs/ sed si vult Hagẽ erigere, vt suis lignis id faciat, quia Hagen est instar retium & cassium, & qui vult vti venatione, ipse tenetur ex suis retibus & canibus exercere venationem, quandoquidem † seruitutes sunt stricti iuris nec 10 exten-

extendendæ. *Gail. d.obs.in f.n.6.lib.2 de pig.* Ac si finaliter cõcludo per circumstantiã iam dictã, reo nostro, vtrumq; ius des Hagens & venationis, ita vt alijs cum illo commune exercitium venationis non ordinatur, sed in sententia expresse reseruetur cõpetere, à citatione emanata absoluendum esse. Compensatis expensis. Saluo &c.

Votum Quartum.

DE actione, eiusq; probatione cum Dñis. De Elisione eius, an reus ꝓbarit ius, des Hagens/ videndũ & considerandũ hic puto, ꝙ Reus non immemorialẽ præscriptionẽ debito modo articularit, multo minus ꝓbarit, sed ꝓscriptionẽ 30. vel 40. annor. ꝓcipue deduxerit, vt patet ex 16.20. art. d.f. Nunc autẽ Reus hãc possessionẽ 30. vel 40. annorũ vel quasi non videtur probasse attẽto, ꝙ illa possessio per actores sæpius fuerit interrupta, vt R. in def. n. suis fatet. Et licet illa dissipatio des Hagens/ seu interpellatio extraiudicialis fuerit, quæ nõ habet vim interruptionis, tñ ipsum Reũ eiusq; potestatẽ in mala fide cõstituit *l. si fundus. C R vend. Mynsi.resp 11 n.34 dec.2.* Atq; illa nullo tẽpore præscribere potuerũt hãc seruitutẽ. *c. possessor. & ibi Dyn. Riur. in 6.c.1 extra præscript. in 6.* nec etiã reus probauit ius seruitutis, cũ testes plerunq; testentur, se de iure rei nescire. Vnde paucis quoad seruitutẽ illa des Hagẽs/ nõ puto elisam actorũ intentionẽ. Quod vero ad ius venãdi attinet, si attẽdo ius pagi articulati Bauwernheim/ existimo ipsi Reo cõpetere intuitu eiusdẽ pagi. Nã sicuti Bauwernheim/ iure dominij, quod ei cõmune est cũ cæteris pagis & actoribus, potest itẽ venandi in eadẽ sylua habet, nõ autem cingendi syluã, cæteris cõdominis inuitis *l. Sabinus communi diuid.* Ita nec reus ratione dicti pagi eundẽ habet saltẽ ius venandi. *l. Põponius. § 1. Acqui poss.* Et hac ratione, scil. intuitu iuris puta Bauwernheim/ puto reum absoluendum ratione iuris venãdi. Compensatis expensis. Saluo &c.

Votum Quintum.

SAlua ordinatione, quæ vult, vt quilibet suo ordine votet, actores mit sampt der Dorffschafft Bauwerheim: so Winsisch ist: habẽ miteinãder Gutt/ Leutt/ Hauß/ sampt einẽ Waldt/ darzu gehörig pro indiuiso, in qua sylua Reus noster Otto zu Whina quædã sibi asserit, & vsurpat iura, vid. die hohe Obrigkeit/ vnd was deren anhängig ist. Item die Wildtpans Gerechtigkeit vnd Fürstliche Obrigkeit/ mit Hagẽ/ Jagen/ Schiessen/ vnd Weidwerck zugebrauchen/ zutreiben/ auch Förster vnd Panwärtter zu setzen/ zu verordnen/ vnd so viel zum Hagen jeder zeit vonnötten auß Actorum gemelten Waldt Holtz zu hauwen. Actores vero prædicti iura cõpetere Reo negant, ideoq; actionẽ negatoriam, nõ tantũ instituerunt; verum etiam à parente suo dominium & libertatem syluæ. Rei quoq; dictorũ iurium vsum attẽtatum, ideoq; ipsam actionem sufficienter probarunt.

Quod vero, ad elisionẽ, ego existimarim in nullo assertorum iurium puncto, actionẽ elisam, hoc est, nullũ præfatorum iurium cõpetere sibi, per Reum probatũ esse, idq; ex seqq. rationibus. Quod sylua vff dem Sonnenclarischen Boden liege/ non probauit, sed in posit. tantum asseruit.

Secundo. Quod titulum & bonam fidem Reus in omnibus articulis non allegauit, multo minus quoad Jagẽ/ vt debuerat, immemorialis temporis vsum probauit, verũ ipsimet, à parẽte suo, & 40. annorũ tantũ tẽpore iurium vsum certũ facit, siquidẽ deficit istũ vsum tati tẽporis præscriptio, cuius memoria nõ extitit.

Tertio. Quia quoad Hagen/ præsertim non est probata patiẽtia actorũ, sine qua in corporalibus nulla potest cõsiderari, quantumcunq; antiquissima ꝓscriptio, præsertim vbi null⁹ nec allegat, nec habet titulus, à tertio quodam, nõ dño. *Crauetta de ant. tep. p.4. §. absolutus n 17. fol. 107.* Quin constat ex Rei met cõfessione & responsione ad 21. posit. Daß die vier Gemeindẽ/ vnd also auch die Baurnheimer/ sein selbst Vnderthanen/ sampt vnd sonders/ von dẽ haben gerissen vnd genõmen/ & quod hoc ipsum impedire nõ potuerit. Siquidẽ anno 50. vel circiter, per scultetũ suum ab actoribus, vt d. Haag defenderent serio mandari curauit.

Quarto. Si quis sentiat, ꝙ in dd. præscribẽdis iuribus sufficiat longũ tẽpus, cũ oportebit hoc casu obseruare tẽpus vltra annos decẽ *l. f. C. ꝓscript. 10. vel 20. an.* Cũ enim actor & Reus diuersis locis hæreant, diuersosq; habeãt actores magistratus, ꝓ absentibus haberi debent; si pro absentibus. Ergo ad præscribendũ tale ius, requirent 20. anni. Sed 20. annis cũ recte, quiete, dictis iuribus vsum non constat. Ergo nec præscriptio ei prodest.

Quinto. Actores licet fatentur, quod Brustag da geiagt/ tamen nõ fatentur, quod præscripserunt, & iure seruitutis.

Sexto. Quod interrupta naturalis fuerit præscriptio ꝑ Hostratt/ & sic sæpius per alios, & sic semp de nouo debeat inchoare præscriptionẽ, nec interruptũ tẽpus præscriptione adijcere. Cũ enim in corporalibus possessio nihil aliud sit, quam patientia aduersarij, & impatientiã per interruptionem ostenderint, patet in possessione non permansisse.

Septimo. Licet præscripsisset, tamen nõ priuaret, so er sonst keinen andern das Jagen vnd Hagen verstatten will.

Octauo. Quia reus, quod ius foresti habeat, nec probauit, nec articulauit.

Nono. Nihil releuat, quod Baurnheim iure proprietatis, & suo, ad Reum pertineat. Idẽ enim nõ sequitur, quod iure seruitutis der Gemein er gebrauchen wolle.

Deci-

Decimo. Apparet, daß der erste Haag von dem Vatter sey/ erst nach dem Bauwer Krieg gemacht/ & per actores statim disiectus, sicque deiectus à toto iure seruitutis Reus. Et licet vna particula fuisset detracta ab Hagen/ tamen inde impatientiam suam probassent, & eiusmodi disiectiones ab actoribus factæ sunt crebræ: sicque patet, quod reus, nec per decennium, taceo de 30. annis, inquieta possessione fuit, sicque Reum præscribere non potuisse.

Concludo itaq; in omnibus & singulis suprà specificatis iuribus siue seruitutibus, quas Reus sibi asseruit, actionē non elisam, adeoq; secundum naturam intentatæ actionis, cōtra ipsum pronunciandum, eumq; condemnandum in expensas. Saluo &c.

Votum sextum.

Actio, quæ desumitur ex *l. 2. in pr. si ser. non-dum probata.* vt domini Refer. Quoad Elisionē. si possessorio ageretur, Reum in quasi possessione esse, des iuris, Jagen vnd Hagē. Constat ex *l. etsi forte. §. sciend. si seru. vend.* vbi Vlp. ait, & si forte non habeam ædificatum altius in meo, aduersarius meus possessor est. Nam cum nihil sit innouatū ille possidet, qui ædificantem me prohibere potest, sed si patiente eo ædificauero, ego possessor ero effectus. *t. l. sicuti. §. si quæratur eod.* Quare cum Whina adhuc hodie habeat dictū Hag in sylua constructū, dubium nō est, quin sit in quasi possessione d. Hagens/ & multo magis Jagens/ cum Hag fiat venandi caussa.

In possessorio igitur, si id ius Hagens & Jagens non vi, non clam, nō precario quasi possideret, superior foret. Verum in petitorio, quod rectè actoribus tribuitur, alia est ratio, cuius decisionē eo difficiliorē facit testium depositio in mult. art. quasi directa inter se pugnans, ita vt qui sequendi sint, & qui nō, valde sit ambiguum. Hic late persequitur & examinat dicta testium. Ac quidem ad Hagen quod attinet, non immerito D. Ref. vnter den ersten/ vnnd vnter den andern Hagen.

Nam certum est, daß der erste Haag etlich Jahr gestanden/ Actores enim ad 29. def. in quo refertur, daß der alte Haag vber 16. Jahr gestanden/ id non negant, sed nescire se aiunt quamdiu, quod merito scire debuissent. Et si ratio habeatur temporis, quod intercessit à confectione illius Haag/ vsq; ad eiusdem destructionem, factam per Hostratt/ inuenimus 10. annos, quo inter p̄sentes illud ius des Hags acquiritur. *l. vlt. ad f. C. præter long. temp.* Ac tametsi testes aliquid dicant, die die Haag je vnd allweg zerreissen/ tamē id refero ad insequens tempus post primam sepem dirutā, non ad antecedens, de quo nihil fore in specie contra Whina deponitur. Idq; maxime locū habere puto, in dem Baurnheimerwaldt/ aut ea parte, quæ ad Whina & Baurnheim pertinēt, nec vsq; ad actum illum dicti Hostratt/ qui diruit den Hag nomine Episcopi & Rohrēbach. Constat de impatientia actorū vel reali interruptione, quanquā vsus ille sit loco possessionis, *iuxta. l. vlt. seruit. & d. l. vlt. circa f. & ibi gl. fin. C. præscript. longi temporis*, nec necessarius sit. *iuxta gl. ad l. 2. verbo sciente. C. seruitut.* Ad insequens vero tempus quod attinet, Whina quiete non possedit dictū ius des Hagens/ vt per Dominos ostensum, nec vnquam actores, præsertim Schlehendorff vnd Holcher/ mouissent litē den von Whina von wegē deß alten Haag/ sed quia deinceps durch das andere vnnd dritt Hag syluæ eorum in lignis, & arboribus cædendis detrimentum attulit Episcopus Brustag. per Hostratt & Rohrenbach/ ideo sepē illā primo diruerunt, quod extendisset Whina eā vff jhren Grundt. Quare quoad Hagen/ maxime in Baurnheimerwaldt/ oder pro rata illorum portione, putarim Comitē absoluendū, von welchē Stück aliquid in responsionibus, & depositionibus testium habetur.

Cæterum quoad Jagen/ non modo ratione fundi, quem habet Comes in dicta sylua, so vntersteinet/ vt quidā testes deponunt, & ratione iuris superioris vber Baurnheim/ verum etiam iure seruitutis puto Whina ius venandi in dicta sylua habere, ita tamen vt D. Corref. non vt excludat Episcopum Brustag. & alios, qui id ius venandi in dicta sylua semper exercuerunt.

Nam quoad Jagen multi præterierunt anni, quod Reo & parentibus eius deßhalben/ ab Actoribus kein Eintrag beschehen/ qui viderūt, & sciuerunt, & perpessi sunt, illos in d. sylua venari. Ac quidem mihi inter præsentes 10. anni, siue longum tempus, exemplo immobilium, in omnibus seruitutibus ad præscriptionem sufficere videntur, siue vrbanæ, siue rusticæ sint. Nam de rusticis, quas alij, nescio, qua cōditione discontinuas appellant, expressi sunt, *text. l. 1. 2. l. pen. C. ser. & aqua. d. l. vlt. C. præser. long. temp. l. si quis diuturno si seru. vend. l. apparet. §. vlt. & in aut. prin.* præsertim cum iure seruitutis etiam sibi hoc ius cōpetere Whina prætendat, quod requiritur, *leg. vlt. Quemadmodum ser. amit. gl. d. l. 2.* Compensatis expensis. Saluo &c.

Sententia.

In Sachen der dreien Gemeinden Rohrenbach/ Schlehendorff/ vnnd Holher/ Clägern eins/ wider Herrn Otto Grauen zu Whina vñ Sonneclar/ beclagten anders theils/ ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß gedachtem beclagten vff den in Actis angezogenen der Clä-

Clåger eigenthůblicher Waldt zu hagen/ auch Förster oder Baumwartter zusetzen/ nit geziemet noch gepůhret/ sondern daran zuviel vnnd vnrecht gethan/ vnnd derwegen jhnen dē Clågern zugefůgter Beschedigung halber / gepůhrlicher Abtrag zuthun / sich auch hinfuro dessen allen zuenthalten/ vnnd hierauff/ wie Recht/ zu cauiren schuldig/ aber das Jagen: (doch andern hieran nichts benommen:) belangt/ von angestalter Clage zu absoluiern vnnd erledigen seyn/ als wir jhnen auch hiermit respectiue condemnirn vnnd erledigen/ die Gerichskosten deßhalbē auffgelauffen/ auß bewegenden Vhrsachen gegen einander compensierendt vnd vergleichendt.

Publicata hæc Sententia Anno 78.

DEC. III. VOTVM III.

In Sachen Winhardt/ Et Consorten Appellanten secundæ Appellationis,

Contra

Die Repellirte.

An mulctandus Iudex inferior ob non legitime conscripta Acta.

SVMMARIA.

1 *Iudex inferior mulctatur ob non legitime descripta acta in duas marcas auri.*

IN NOMINE Domini. Amen.

In fine sententiæ fuit hæc clausula adiecta.

Vnndt Letzlich gegen dem Richter voriger Instantz/ vmb deß willen sie die Gerichts Acta, wie sich vermöge der Ordtnung gepůhret/ nicht aigētlich beschrieben/die straff zweyer Marck Löttigs Goldts hiermit Vorbehalten ꝛc.

ATQVE ita punitos † iudex 1 inferior ob non legitime descripta acta in duas Marcas auri, *per text. c. quoniam, contra in f. probat. Gail. lib. 1. obs. 134. nu. 14. Mynſ. obſ. 11. cent. 1.* quibus autoritatibus accedunt præiudicia, in quibus contra eosdem iudices obseruatum est, *ea qua referunt, Mynſ. & Gail.* Quibus addit aliam caussam inter Lutken Hanen/ Appellanten / contra hos ipsos nostros appellantes, vt patet ex sententia lata 18. Ianuari. Anno 74. Etsi quis plures velit rationes nunquam refragabor &c. Saluo. Et ita plurima pars assessorum vnanimi cōsensu statuunt. Alij vero numero minores volūt iudicem non puniendum, sed integram potius actorum editionem iniungendam putarunt, quorum nomina consulte prætereo.

DEC. III. VOTVM IV.

In Caussa Haußen/

Contra

Wallach/ Anno 79.

In puncto Arestorum de damnis & expensis litis restituendis in constit. arrestorum.

SVMMARIA.

1 *Damna & litis expensæ an adiudicanda sint actori in constit. arrestorum.*

IN NOMINE Domini. Amen.

INCIDIT hic quæstio, *an in præsenti caussa mandati super cōstitutione arrestorum, actori adiudicanda sint perpessa damna & litis expensæ?* Ego saluo tamen moderamine iudiciali existimo, quod sic.

Primo. Quia in resolutione dubiorū à maiori parte ita conclusum est.

Secundo. Quia designata damna & litis expensæ non principalem, sed mandati caussam concernunt: attento, quod super caussa principali, an & quatenus vid. Hausser deliquerit, vtque ad aliud forũ pertineat, in caussam nulli emanarunt, multo minus persecuti sunt processus.

Tertio. Quia nõ existimo necessarium, vel etiam iuri aut stylo conueniens esse, vt expensæ ab initio litis petantur, & nisi id fiat, tunc amplius actor desuper audiri non debeat.

Quarto. Quia hac ipsa caussa, iudex se iam declarauit, non obscure, quod expensas actori adiudicari velit, aliâs enim frustra ad recessum. Anno 77. 15. Febru. habitum in specie Handlung iniunxisset, sub comminatione inhæsionis euentualis sententiæ prius 6. Iunij latæ.

Quinto. Quia citatus met. & Wallach Imperij Archicancellarius, ex quo iam sponte dem Wirdt zu Schipf 66. Flor. 2. batz. für deß verstrickten Haussen Artz/ vnnd Zehrung persoluit, eiusdem cum collegio, Camer. sententiæ esse videtur, mentem constitutionis arrestorum esse, vt & damna & litis expẽsæ, prout in Senatuscons. nostro habetur, arrestatis adiudicari & persolui debeant.

Sexto. Quia præiudicium habemus in alleg. caussa, Salm contra Veldentz in qua expensas actori adiudicarunt & taxerunt domini, qui certe in eo reprehensionem aliquam commeruisse mihi non videntur, dum præuia actoris expensarum iuramenti præstatione, in eum euentum, in taxatam expensarum summam Reum condemnarunt.

Septimo. Quia processus hos male decretos esse, nemo nostrum rectè dixerit, nisi collegium, & qui processus decreuerunt, & sub euentuali commutatione paritionem iniunxerunt, dominos, scilicet, iudices, & rem iudicatam impugnare velit. Quibus vero id rationibus firmis fieri potuisset, vel adhuc posset, non video.

Octauo. Quia plene paritum esse, opinor, rectè dici nequit, donec iniuste perpessa damna & litis expensæ, vt vult Senatusc. nostrum, salua tamen, vt dixi, taxa iudicis, integre quoque persoluantur.

Nono. Quia caussa Eschenfelden contra Officialem zu Lüblos, vt qui non immediate subest Imperio, neutiquam super constitutione arrestorum, sondern auff die vier Fälle/ qualificata esse videtur, & acta intuenti occurrent fortassis rationes, quæ citatum officialem à cõdemnatione expensarum excusare potuerũt, quales vero in hoc nostro casu nullæ militant, adeoq; ex diuersis non bene inferri videntur. Ac quiesco igitur in S. C. nostro cui inhærendum. Ideo in Arrestorum caussis, mãdatorum sine clausula, actoribus quoque expensas deberi existimo. Saluo &c.

DECAS III. VOTVM V.

Reinberg *Contra* Eschbach.

Mandati 279. abgepfände Garben belangendt.

SVMMARIA.

1 *Qualitates iurisdictionem fundantis, ante omnia probari debent.*

IN NOMINE Domini. Amen.

EXCEPTVM est, ab Eschbach de præcipua qualitate, iurisdictionem fundante, quod scilicet, die Garben/ super quibus mandatum impetratũ est, abgesondert/ vnnd mit ander Frucht nicht vermischt/ auch 18. Garben gewesen/ & sic rem tertiam, quod inter substantialia requisita num sit, hic desideratur. Quia igitur hæc qualitas fundat iurisdictionẽ, ideo licet excipiens eius probationem in continenti protulerit, quæ etiam illi iniungenda videri poterat, tamen quia communior stylus obtinet, quod impetrans eiusmodi † qualitates verificari debeat. 1 Ideo sic pronunciandum.

Sententia.

Ist der Beschaidt/ wölle vnnd möge N. in Zeit 4. Monaten/ so jhme von Amptswegen darzu angesetzt/ glaublich bescheinen vnnd darthuen/ daß die in ermelten Mandat angezogene 279. Garben abgesondert/ vnnd mit andern Früchten vermischet gewessen/ daß solches gehört werden/ vnnd ferner darauff ergehen soll/ was Recht ist.

DEC.

DEC. III. VOTVM VI.

In Sachen des H. N. N. Clägern/ wieder/ Weilandt H. F. Q. vnnd X. Gebrüedern/ auch H. Z. jetzt L. M. Pfaltzgraffen bey Rhein/ die Stewer belangt/ Beclagte/ Ist die den 7. Nouembr. Anno 54. einkommen attentatum Clag nicht angenommen/ sondern mögen die Partheyen in der Hauptsachen fürderlichen vortfahren.

In puncto attentatorum die Stewer belangent.

SVMMARIA.

1 *Attenta locum non habent, vbi de caussa principali adhuc controuertitur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVIA institutum est interdictum vti possidetis: igitur quilibet suam possessionem continuare prætendit, vnde † attẽtata hic dici nõ possunt, cum sit ipsa caussa principalis, de qua controuertitur. *Cap. decis. 72.* 1

DEC. III. VOTVM VII.

In Caussa Burg vnnd Rath der Statt Warthcim/ Et consortes Appellanten/ Wieder Schultheiß vnnd Gericht zu Oberwartheim Appellaten.

In puncto Appellationis de Iure pascendi.

SVMMARIA.

1 *Ius pascendi est seruitus, & in dubio præsumitur realis.*
2 *Res propria nemini seruire potest.*
3 *Actionis expressio necessaria non est.*
4 *Actionibus pluribus competentibus vna potest eligi.*
5 *Interdictum vti possidetis pro iuribus incorporalibus competit.*
6 *Eius requisita, possessio & turbatio.*
7 *Actione vna electa ad aliam non est reditus.*
8 *Dominus feudi præfertur extraneo, etiam in pascuis, si vtriq; non sufficiant.*
9 *Commune, diuersimodè accipitur.*
10 *Communicatio fructuum non inducit proprietatem: nec ius compascui commune.*
11 *Commune quoad quid, non intelligitur commune quoad omnia.*
12 *Extensio non solet fieri de casu ad casum non expressum, de re ad rem, de persona ad personã.*
13 *Pro omisso habetur, quicquid verbis non exprimitur.*
14 *Interpretatio fit contra illum, qui fundatur in verbis.*
15 *Communio non præsumitur, quando probationes sunt dispares.*
16 *Pascua vniuersitatis esse censentur.*
17 *Pascendi ius est cuiuslibet, non respectu bonorum, quæ quis possidet, sed respectu originis & incolatus.*
18 *Territorium quoad extraneos præsumitur liberum.*
19 *Venditio bonorum particularium ab hominibus priuatis facta non præiudicat communitati in iure pascendi.*
20 *Forenses non gaudent beneficio originis, nec etiam in eius præiudicium ligantur.*
21 *Pascua sunt vniuersitatis loca pro indiuiduo ad incolarum commodum.*
22 *Ius pastorandi acquiri non potest in alieno territorio, immissione vel pastione pecorum.*
23 *Cuilibet in sua arte perito credendum.*
24 *Dicta testium dubia in iure parum iuuant.*
25 *Præscriptio vnius iuris, non inducit aliud.*
26 *Seruitus vltra conuenta non debet aggrauari.*

27 *Dominus potest in seruienti fundo facere, quicquid vult.*
28 *Herbida & inculta præsumuntur esse vniuersitatis, & in ea possum mea armenta mittere.*
29 *Affirmatio fortior est, quam negatio.*
30 *Habenti ius pascendi praiudicari non potest.*
31 *Donatio & liberalitas non præsumitur.*
32 *Ius herbagij nemini auferri potest.*
33 Landsbrauch *in specie & indiuiduo probari debet.*
34 *Pascua eius communitatis potius sunt, in cuius finibus res sita est.*
35 *Communio specifica & odiosa non extendenda.*
36 *Obseruantia seu vsus interpretationem facit.*
37 *Interpretatio in dubio facienda contra eum, qui se fundat in verbis.*
38 *Consuetudinem in quibus casibus non sufficiat allegare, sed probanda sit.*
39 *Æquitas, quæ ex actis & probationibus resultat, plus iudicem mouere debet, quam genus actionis intentata.*
40 *Bona præsumuntur pertinere ad dominum illius districtus, in cuius territorio sunt posita.*
41 *Consuetudo localis, non nisi subditos ligat.*
42 *Inæqualitas in numero pecudum ad æqualitatem reducenda.*
43 *Æquitas subtilitati iuris præferenda.*
44 *Declaratio & mutatio, quæ substantiam non mutat, durante lite semper videtur permissa.*
45 *Contraria non sunt, quæ diuersis respectibus dicuntur.*
46 *Confessio incidenter & implicite facta non praiudicat.*
47 *Idem in dubia & incerta confessione.*
48 *Confessoria, quod res mea non sit, quæ tamen mea est, non praiudicat, quoad dominij amissionem.*
49 *Iudex æquus iudicatur, si per mediam ingreditur viam.*
50 *Proprietates sub territorij nomine non continentur.*
51 *Vsus pascui communis mutari ab vna parte, altera inuita nequit.*
52 *Nouitas in pascuis vitanda, ea præsertim quæ inæqualitatem & damnum inducit.*

IN NOMINE Domini. Amen.

Votum D. Correferentis.

IVRISDICTIONEM nostram fundatam inuenio, tam supra iniquitate, quam nullitate appellationis. *Corn. conf. 4. n. 6. vol. 4.*

De nullitate.

PRimo, nullitas propter defectionem super desertione appellationis licet iudex millies pronunciauerit, cum tamen deuoluta non sit, non est iudex, & sententia ipso iure nulla est *Corn. conf. 33. vol. 3.* Sed illud non procedit, quando desertio in dubium est reuocata, & punctus desertionis cum plena caussæ cognitione est discussus, & per interlocutoriam, cui pars aduersa acquieuit. *Franc. de appellat. num. 67. 59.* Nam eo casu iudex potest cognoscere super iustitia caussæ. *Corn. conf. 277. num. 8. vol. 3.* Cui accedit, quod appellatio in dubio sit admittenda, licet etiam, quod dicta interlocutoria lata, tēpus deliberandi sumpserint sine vlla reseruatione, litem simpliciter contestati fuerint, & tandem iure statutario satisfactum fuerit. 2. Fundum sumptum ex oculari inspectione loci & quantitatis possessionis, atque actores hanc impugnarunt, ex eo se adiuuare non potuerunt. *l. Papinianus. §. meminisse in off. test. Marcus. q. 624. num. 4. p. 1.* 3. Quod terminus substantialis non fuerit obseruatus in iudicio, sed contrarium ex actis apparet. Ex quibus concludo, sententiam & processum vitio nullitatis non subiacere. Præmitto cum hic agatur de iure † pascendi, id esse seruitutem, & in dubio præsumi realem *l. pecoris seruitut. Inst. prad. Couar. c. 17. num. 11. lib. 1. resolu. §. sed quia vers. rerum vel prædialem vt Zas. in suis parat. de seruitut. inst. prad.* Acquiritur conuentione testamenti &c. 1

Præmitto etiam, quod actores se fundant in præscriptione, quæ præsupponit rem, vel ius alterius, cum † res propria nemini seruire queat. *l. vti, frui si vsufr. pet. l. cum in fundo. iu. dot.* 2

De actione Negatoria videtur actum. Quia negatur seruitus in feudis proprijs actorum. Vel potius confessoria, cum ius compascendi, cum omni specie & genere pecudum, sibi cōmune, & indiuiduū cum reis esse contendunt. Et hæc actio ex narratione facti, & cōclusione libelli intentata esse videtur. *Bertrand conf. 112. n. 1. vol. 7. Dec. conf. 493. n. 28.* Cuius requisita sunt tradita per dd. *§. æque inst. act.* At licet † expressio actionis hodie necessaria non sit. *l. 2. C. form. subl.* tamen si plures † competāt actiones, vna potest eligi *Gail. obs. 61. n. 1. lib. 1.* 3 4

Cum igitur actores nostri, ad certum genus actionis, interdictum, scilicet, vtile vti possidetis, vel actionem in factum, quæ in huius locum surrogatur conuolarint, videndum an cōpetierit, & an probata? Certum est, quod cōpetat pro iuribus incorporalibus & interdictū † vti possidetis. *Ferrar. d. §. æque.* Et in specie, si quis turbetur in iure pascendi. *Bart. cōs. 34. post. n. 12. vers. quia vero, vol. 1. p. 1. Alber. l. seruitutes, n. 22. item quæro seruitut.* & cū hoc interdicto cōcurrere potest petitorium. *Affl. decis. 155. nu. 2.* 5

Huius interdicti requisita ex parte † actoris possessio, ex parte rei turbatio. 6

Possess-

Possessionem actores ex eo eliciunt, cũ ab immemoriali tempore vna cũ Reis iure pascendi vsu fuerint, cum certa tamen specie pecoris. Turbatio, quod cõtra vsum præscriptũ, antiquum morẽ, & consuetudinem, Rei alant in illo communi pascuo oues, & actores eodẽ vti iure prohibere conentur. Hæc cum ita sese habeant, videtur hoc interdictum competere. Sed si factum ipsum perpendamus, facile est videre, actores hoc potissimum intendere, vt à pastu tanquam illicito Reos depellant, vel illis cum ipsis hoc ius commune esse patiantur.

Videndum igitur, num in possessione vel quasi iuris repellendi, vel prætensæ indiuisibilis, nullo pecudum genere excluso, cõmunionis actores, cũ reis hactenus fuerint, & adhuc sint. Sed negatiue iuris possessio demum à prohibitione exordiũ & initium sumit *l. 1. C. seruit & aqua & ibi dd.* de qua ꝓhibitione apud acta nihil allegatũ, minus probatũ. Deficiente igitͬ possessione, de turbatione quæri. Superfluum est, cum non entis &c. Sicuti nec indiuisibilis & vniuersalis illa communio probatur, vt infra latius videbimus.

Ex quibus concludendum actoribus interdictum vti possidetis non cõpetere, vel frustra tamen intentasse; Nec rectè actum putarẽ negatoria vel cõfessoria, præsertim cum & ipsi actores eas intentatas esse nolint, idq; eo magis, 7 cum † vna electa ad aliam redire nõ possit, *l. qꝗ in heredem. §. eligere tribut. act. Schurff cons. 47 n. 14. cent. 1.* Sed, quia non tam exacte de actionũ genere inquirendum, dabo actionem in factũ, cum actores conquerantur formam consuetã vsus esse iure pascendi. *Cæpol. seru. Inst. prad n. 37.* vel officium iudicis imploratum, quod aliquando cum interdicto possidetis concurrere solet. *Capic. decis. 96. n. 10. 15. 16.* Iudex etiã parti ex officio prouidere debet, *l. plane. petit. heredit. Abb. c. dilecti. nu. 12. Arbr.*

Videndum de iure actorum. Fundaméta actorum potissima tria sunt. 1 Præscriptio temporis, cuius initij memoria nõ extat, respectu compascui, in quo neutra pars prærogatiuam habet. Secundum, iniquum fore actores, tanquam proprietarios à pascuis in proprijs prædijs excludi, & id ius alteri tribui, cum tamen 8 † dominus feudi præferatur extraneo etiam in pascuis, si vtrique non sufficiant. *Chassan. in rubr. 13. §. 5. verbo si non à cons.* Tertium, pascuum cum omnium fieri solitum, & præscriptum vsum pascendi, & in eius præiudicium contradicitur, *tradita l. si domus seruitut. verb. prad. Albert. l. seruitutes. §. seruitus seru. inst. prad. Bertr. cons. 202.*

An fundamenta probarint?

9 PRimum diuersimode † accipitur commune. *Bertr. cons. 79. vol. 1. p. 1. Zas. de rer. diuis. n. 20. Dec. cons. 388. n. 1.* Communio, quam hic prætendunt actores, vt neuter prærogatiuam habeat. Illa autem necesse est, vt vel ex testamento, contractu, vel conuentione originẽ sumpserit, vel ex præscriptione, & præsupponit propemodum in rebus ipsis proprietatem, scilicet, in pascuis; sed sicut cõmunicatio † fru- 10 ctuum non inducit proprietatẽ fundorũ. *text. c. 2. fructibus &c. Alex. cons. 152. n. 2. & 4. vol. 7.* Ita similiter nec ius cõpascui, aut seruitus præscripta, vel constituta hoc operari posse videtur, vt pascua sint actorum pro parte indiuisa cõmunia, tãquam propria. *Dec. cons. 431 n. 5. & Alex. cons. 84 n. 12. vol. 7.* Et licet testes deponũt von einem gemeinen Weidtgang/ tamen illi non sunt omni exceptione maiores, & illud accipiendũ, vt cõmune sit in casibus expressis. In alijs vero non *arg. l. cum prætor iurisdictio.*

Nam si quid est † commune quoad quid, 11 tamen non intelligitur quoad omnia *Alex d. cons. 152 n. 2. vol. 2* nec in cõtractibus præscript. extensio † fieri solet de casu ad casum non ex- 12 pressum, vel de re ad rem, vel de persona ad personam. *Dec. cons. 697. num. 1. 2. 4.* Sed in ijs fit stricta interpretatio, & pro † omisso habe- 13 tur quicquid verbis non exprimitur. *l. quicquid adstringendæ. v. obl.* & fit interpretatio † con- 14 tra illum, qui fundatur in verbis. *l. veteribus pact. Dec. cons. 201. nu. 21. 3. Zas. seru. verb. prad.* Idque eo magis, quando probationes sunt dispares, quia † tunc non præsumitur commu- 15 nio *Alex. cons. 260 num. 16. vol. 5.* Hic autem est magna inæqualitas in numero pecorum, nisi per quantitatem possessionum ad æqualitatem redigere velimus. *Alber. l. seruitutes. n. 13. seru. inst. prad.* Nec præscriptio talem communionem, qua nunquam vsi fuerunt, imo ne deberi quidem sibi putauerint, & sic sine possessione, inducere possit. *Alber. d. l. seruitutes. n. 20.*

Cum itaque origo huius communionis, vel aliàs sufficienter probata non sit, puto primum actorum fundamentum ad obtinendam victoriam non esse sufficiens.

Quoad secundum ex actis primæ & secundæ instantiæ patet, quod fundent sese in præscriptione immemoriali, & non super proprietate fundorum, quæ tamen in Cam. deducitur, & ita vt magis videatur esse mutatio institutæ actionis, quam additio contra nota. *l. edita. C edend.* Quibus addo, quod quamuis per acquisitionem dominij fundi seruientis confundatur *l. vt pomum. §. si prædium seruitut. Tiraq. de retr. gl. 7. verb. aut res Choses. nu. 71.* Quod tamen procedit si irreuocabiliter & in solidum, secus si pro parte. *Alber. l. si quis ædes. num. 7. seru. inst. prad. verb.* nisi extet medium aliquod prædium, quod in seruitute participaret, quia tunc propter mixturam rerum, seruitus nõ intermoritur. *Zas. de seruitut. inst. prad. n. 19.* in quibus terminis nos hic versamur.

Quia interiacent prædia reorũ, quæ confusionem dominij & seruitutis non patiuntur, sed vltra iam dicta, & confessionem actorum actores fatentur. *Daß das Eygenthumb dieses VVeidtgangs, als* in Reorum *Zvving vnnd bindengelegen.* Reis *zugehor.* Allegatur etiã consuetudo à Reis, quam non plane diffitentur actores, sed hoc pascuum tãquam ab illa exemptum esse asserunt. Sed allegans exemptionem, eam probare tenetur. Aliud est etiã habere dominium, aliud habere ius seruitutis *l. f. C. præsertim long. temp. Alex. conf. 69. vol. 5. n. 22.*

Pro confirmatione consuetudinis allegatæ addo, quod † pascua in quibusdam territorijs censeantur vniuersitatis esse, vel incolarum illius loci *l. in tantum. §. vniuersitatis R. diuis. Bartol. conf. 34. pact. num. 6. vers. ad 2. vol. 1. p. 1.* Nec facultatem pascendi à iure concessam videri, respectu † facultatis patrimoniorum, quæ possidentur in territorio, sed respectu originis, aut incolatus, quem possessio bonorum non facit. *l. libertus §. sola ad municip. Bertr. conf. 37. n. 2. & 5. in nouis, vol. 1. p. 1.* Et sic sine iure seruitutis aut alio, nullus habet ius ibi pascendi pecora, cum † territorium quoad extraneas personas præsumatur liberum. *Bertr. conf. 61. n. 4. vol. 1. p. 1. Et dicit, Dec. conf. 483. n. 10. quem vide.* Et licet bona sint particularium personarũ, tamen remanẽt sub communi, nec venditione bonorum particulariũ † ab hominibus priuatis potest præiudicari communitati in iure pascendi. *Bartol. l. rescriptio. §. sciend. ad municip.*

16 17 18 19

Ratio, quia semper exemptum dicitur ius communitatis. *Dec. 493. n. 12. & seqq. Cepoll c. 9. in pasc. 34.* Forenses licet etiam habeant aliquot prædia, non tamen originem, vel domicilium, non † gaudent beneficio illius loci, sicuti pariter non ligantur in eorum præiudiciũ *Dec. conf. 550. n. 8.* Cum ergo pascua sint vniuersitatis † loca: (quod etiã ex eo liquere puto, quod communẽ habeat pastorẽ:) pro indiuiduo ad vtilitatem & incolarum commodũ. *Bertr. conf. 231. nu. 7. vol. 4.* nec per alienationes priuatarũ personarum communitati præiudicari potest: consequens est, quicquid iuris est in pascuis, habeant actores. Id nõ ratione proprietatis fundorũ, quæ ex sæpius allegata notoria cõsuetudine in forẽsibus non attendit̃, sed iure seruitutis cõpetere, Reosq; esse dominos, & in casu deficiente, actoribus tanquam forensibus præferẽdos. *Bertr. conf. 41. n. 6. vol. 4.* Idq; eo magis, cũ hic versemur in vniuersitate; cũ per priuatas personas, immistione vel pastione pecorum, (nisi hoc nomine vniuersitatis de modo & scientia eius factum fuerit) tale ius † pastorãdi acquiri nõ potuerit. *Crauetta cõs. 317. n. 8. Bertr. conf. 2. 4. n. 1. & 2. vol. 1. p. 1.* Venditio quoq; bonorum particularium cum suis oneribus facta *Dec. conf. 157. n. 3. Alber. l. cum funda. n. 1. seruit. prædior.*

20 21 22

Postremo cum actores sese fundent in præscriptione & sic in tempore, seruitutes autem non habeant caussam naturalem, natiuã, sed aut impositam vel præscriptam, illos fundos liberos & aliquando fuisse dicẽdum. *Chass. conf. Burg. rubric.* das Vieh. *3. & 4. verbo à præ. 3. n. 17. Affl. decis. 401. n. 9.*

Concludo, cum pascua sint vniuersitatis & incolarum loci, non tantum singulorum vel particularium. *Crauetta conf. 154. n. 1. per. §. vniuersitatis de rer. diuis.* proprietatẽ fundorũ hic non attendendam, sed vt dico, quicquid iuris forenses habeant, id iure seruitutis tantũ deberi. Et sic secundum fundamentum actorum ad obtinendam victoriam super dominio fundorum propriorum corruit, præsertim cum nec illi fundi quoad proprietatem spectant ad vniuersitatem, sed sint priuatarum & particularium personarum.

Quoad tertium. Actores in actis sæpius sunt cõfessi, sc. commodum vel vtilitatẽ Reorum nõ remoraturos, modo iura suorum pascuorum cum armamẽtis salua maneant. Sed ipsorum erat actorum damnum, quod ex pastu ouium & in præiudicium seruitutis debitæ inferatur, docere, & licet per duos testes, eosque in re rustica † peritos, quibus credendum, *Marcus 79. p. 2. n. 3.* quod & experientia rerum magistra docet. *Alex. conf. 22. n. 2. vol. 4.* tamen testes nimis generaliter loquuntur, indefinite, & sine vlla temporis distinctione. Cum autem præsens pastus ouium sit restrictus ad certum modum & tempus, & ille modus & tempus sint de substantia, punctualiter probandum erat, quod illo modo & tempore læsio illis inferatur. *per l. cum actum. Neg. gesti. Cæpol. d. c. 19.*

23

Nec verisimile, quod illo tempore aliquid decedat actoribus in debita seruitute, maxime quod magis verisimile sit, inspiciẽdum. *Gram. decis. 28. n. 2.* dicta saltem testium redduntur dubia † & obscura, quæ in iure parum iuuant *c. in præsent. probat.* sed in iudicis arbitrio positum, quanti fides ipsis sit adhibenda. *Dec. conf. 596. n. 2. in f.* Cũ itaq; de damno & præiudicio seruitutis nihil sit probatũ, imo ipsimet actores lucri tantum causa, & ad æmulationẽ incolarum sese admitti petant, puto nec hoc tertium fundamentum actores releuare, & conclusiue, cum intentionem suã non probarint reos absoluẽdos à petitione, licet de ipsorum iure non constet. *Bald. conf. 79. n. 7. vol. 2. Bart. conf. 43. nu. 5. vol. 3.*

24

Pro confirmatione Reorum iuris repeto, quæ sunt actorum fundam. in præscriptione cõsistere, quæ vltra, quam possessum est extẽdi nõ potest, præscriptio n. vnius † iuris non inducit aliud. *Bald. d. conf. 439. n. 9.* Omnium fortissime

25

sime consuetudo militare videtur, per quam videtur interuenisse consensus & voluntas.

Quod de præscriptione diximus, idem locum habet in constituta seruitute. *l. certo genere seruit. rust. qui prad.* Et licet quis immittat bonis &c. propterea non licet immittere animalia bruta. *Betr. cons. 81. n. 1. vers. praterea. vol. 5.* Nec vltra † conuenta seruitutis debet aggrauari. *Alber. in rubr. ser. rust. &c.* Et quamuis nihil innouari debet, tamen † dominus potest in fundo suo seruiente facere, quicquid vult. *Cœpol. de iure pasc. c. 9. num. 40. ante f.* quod potest mutari locus seruitutis, & eligimus damnosos. *Chas. de forest. rubr. 13. §. 2. verbo. num. 3. age. num. 2.* Seruitus parti competens, potest pluribus concedi, dummodo primo non noceat. *Chas. vbi supra. nu. 4.* Sic non potest seruitus imponi, vt non faciam in meo, si tua non interest. *Alber. l. quoties. seruit. nu. 1.*

26 27

Quod rei oues cum alere velint, iustas allegant caussas, quæ ex necessitate sumunt caussam, non ex æmulatione. Nec reorum ius pascui est restrictum & limitatum, sed possessio vniuersalis non requirit omnes actus sed aptitudinem. *Bald. d. cons. nu. 9.* Attendendus est etiam communis cursus & præsumptio. *Bald. cons. 356. num. 2. vol. 5.* Item si consuetudo nō est determinata, id, quod in vicinia fieri solet *c. sopita censib.* Allegant autem rei, vicinos simile ius compascui ad inuicem habere, cui cōsuetudini actores non contradicunt plane, sed dissimilitudinem tanquam constitutæ seruitutis prætendunt, sed illa neq; specificata, neque probata. Accedit summa vtilitas tā Reorum, quam actorum, per ea, quæ tradit Fel. *Inst. t. de l. fusia. Canon. toll. n. 2.* ita vt quod initio in alieno facere possum, quod mihi prosit, & illum non lædat. Quibus addo, quod in hoc districtu multæ dicantur esse herbidæ † & inculta, quæ præsumuntur esse vniuersitatis. *Crauetta cons. 154. nu. 1.* Item colles, in quibus herbæ crescunt, licet iam illæ herbæ sint inutiles, licet fundus alienus, possum immittere mea armenta. *Chas. vbi supra. §. 2. verb. quoq; laps. n. 2. Fab. d. loco in pr.*

28

Restat, vt videamus, nunquid aliquid decedat constitutæ seruituti, quod non præsumitur. *Francus Marc. quæst. 84. num. 2. p. 1. quæst. 125.* De damno vnus negat, alter affirmat, sed longe fortior est † affirmatio quam negatio. *l. hoc genus cond. & dam. Crauet. cons. 146. nu. 4.* Et ei incumbit probatio, qui sibi nocere dicit. *Fab. d. loco.* quo nihil erat facilius, & eo magis propter reiteratam negationem reorum.

29

Concludo per iudices primæ instantiæ, bene iudicatum, male appellatum, ne tamen illa Rei in futurum abuti possint, vno vel altero verbo restringendum puto, hisce vel similibus, daß durch Richter nechster Instantz / doch daß gedachte Appellaten sich deß Schaafftriebs / in Massen vnnd Zeit / wie in Replicis vnnd Vers. anfahendt / wann der Rocken / Stuppel / den letzten Iulij, Anno 67. einkommen / zu bringen / angeben / gebrauchen / vnnd halten sollen / wohl Geurtheilt / vbel daruon Appelliert. Et quamuis nihil noui in hac instantia deduxerint, tamen compensabo expensas. Saluo &c.

Votum Dn. Corref.

QVod ad desertionem, cum Dn. Ref. *Cravet. cons. 266. n. 5.* quod possent renunciare partes desertioni. Quoad generaliter, notarij non sunt similes *in 1. & 2.* instantia, legitimarunt se simul cum Capittel. hîc tamen senatus; sed forte saluari potest, quia vniuersitas habet eius administrationem per suos deputatos, & argumento, quod in Vertrag in actis ipsamet ciuitas tātū interuenerit. 3. Quoad numerum productorum, möchte man eines verwerffen.

Actum dici potest, ex propria electione actorum. Interdictum vti possidetis vel actione in factum surrogata. *VVesemb. cons. 18. p. 1.* & vtile forte ad euitandas cauillationes. *P. Iacob. rubr. de pastu pecorum* vel in factum, vt modus antiquus seruetur. *Cœpol. c. 9. nu. 37.* vel etiam officium iudicis, quod datur etiam in corporalibus. *Coras. d. etiam qui nu 9. seruit. Bart. cons. 231. p. 4. nu. 6.* quod officium etiam ratione clausulæ alternatiue, hoc est, vt antiquus modus seruetur, vel etiam admittatur, dari solet potestque, idque ne statim in limine excludantur ab actione *l. si mo. & tit. si seru. pet.*

Quoad possessionem & ius pascendi secundum morem antiquum, probatum satis ex depositione & confessione testium.

Quod autem reis non liceat pascere oues, eo principaliter vtuntur argumento, quia cōmunio fit, & vsus certus pascuorum, ideo nihil mutandum, nec prærogatiua quærenda, quia æqualitas communionem seruat. Idque magis, cum incommodo alterius fiat; quo facit conclusio, quod consuetudo antiqua seruanda. *Crauetta cons. 154. Calc. cons. 50. num. 60.* Quod præiudicet, ex testibus quoque videtur probatum, qui in genere dicunt, daß es ein Nachtheil bringe. Quod autem non possit † præiudicari habenti ius compascendi. *Cœpol. d. c. num. 38. Couar. pr. c. 37. num. 5.* Idque eo magis hoc casu, quod rei vicissim habent in actorum terminis ius compascendi, quamuis minori numero non refert. Ideo proculdubio, quia actores in finibus reorū prædia plura habent, propria, & non econtra: ideo quod videatur, simplex seruitus ex præscriptione, sed reciprocum quoddam factum in recompensam factam, prout allegant etiam actores, & videatur nunquam, si in fundis proprijs

30

actores excludantur. Nec enim precariũ, etsi allegatum esset, præsumitur: quia donatio † & liberalitas non præsumitur, præsertim in tanta quantitate *Soc. cons. 86. vol. 5. lib. 1.* Vnde concluditur probatam intentionem actorum ex his argumentis.

31

Nec obstarent, quod intra fines & iurisdictionem Reorũ illa prædia actorum sita sint, quia separata & hæc consuetudo, quod fines tali casu, vbi alia vniuersitas prædia & pascua habet, nec in genere, nec in specie, *alß Landtgebrauch*, probari, *vt infra latius*.

II. Non obstat vtilitas publica, quia nec illa in specie probata, præsertim tanquam necessaria; sed contra potius verisimile, cum hactenus sine eo vixerint, & testes cócordant, quod videantur potius ad inuidiam facere. Et eadem ratio econtra militaret.

Deinde non obstat licet tales ordinarias antiquitus fecerint, sed potius cũ consensu vicinorum, qui prædia ibi habent, vt supra, & iuris præsumptione. Quia ius herbagij † auferri nemini potest. *Conar. d. loco. c. 37.*

32

Facit etiam, minus se teneri ad onera rerum, quod non intelligitur de bonis alienis.

Non quoque obstat, tantum præscriptum solum, quantum possessum, quia, cæteris paribus, id locum habet, nisi obstarent, quæ connexionem habent, vt videatur non extendi, sed conseruari seruitus.

Ex quibus videtur, primam sententiam tanquam ab æquitate non alienam, quantum ex actis quidem & probatis primæ instantiæ patet, excepto quoad equorum pascua, defendi posse: maxime vero, quia ex actis colligitur, quod bona, prata seu pascua, pro maiori forte parte, sint actorum propria, quod & ex ea re præsumi posset, quia maiori numero agũt pecora. Et ideo hoc ipsũ Reis obijci posse, quod tantum præscripserunt in ijs, quãtum possederint, prout & ipsi fatentur in vlt. producto, se iure seruitutis idem habere.

Neq; constat, quod ante hanc communionem soli habuerint, nec ex sola finium circumscriptione probatur: quia potest esse vel non esse. Imo ante frequentior fuit pagus, nõ opus habuit, vel alibi locorum fines extenderunt; nec, vt dixi, iure cautum reperio, aut satis firme probari posse, quod ratione finium competat ius pascendi in præiudicium alterius, vel protogariuam propriam, sed hoc magis, quod quis in alieno ius pascendi non habeat *l. pratum & ibi gl. V. sing. Capoll. d. tr.* Ita nec publico, nec priuato iuri p̃iudicari alicui posse, *Castr l. venditor. §. si constat. comm. p̃d.* Et eadẽ ratio, vt hic, vtrinq; si sine damno fieri possit, & in summa vtrunque satis notum vniuersitatis esse, quædam autoritate publica & vsu priuatorum, ita quod inter priuatos: quod secus videtur in extraneis, & præsertim ijs, qui propria prædia ibi habent: quod videtur multo fortius esse, quam si simpliciter præscripsissent, in alienis finibus ius pascendi. Ideo cum etiam rei non tam iure incerto, quam consuetudine se fundent, merito eius probatio requiri videatur. Nam siue de generali cõsuetudine Germaniæ intelligant, allegare eam & in specie & clare debebant, hoc est, in casu simili; quia non immerito dubitari potest an sit, nedũ quod notoria sit, præsertim apud iudices, qui harum rerum periti esse non possunt, imo & inter rusticos & imperitos non expeditum, vt patet ex priori sententia, hic, & in casu valid. test. Testes quoque periti & vicini hic dubitant, non audent talem consuetudinem asserere. Si de prouinciali consuetudine intelligãt, *Landtsbrauch*, ea quoq; in specie & indiuiduo debuisset † probari. *Crau. cõs. 96. nu. 4.* sed ita nec articulata, nec probata, quod confirmatur ex Anto. Boss. qui dicit præ cæteris casibus variã esse consuetudinẽ, Item Dec. *cons. 483. n 30. vers sed his non obstantibus*, vbi concludit, consuetudinem talem difficilis esse probationis, neq; ibi probatam, & defecisse quoq; in probatione, qui eam prætenderunt: quod & hic contingere possit.

33

Nec refert, si quis dicat, tanquam super notoria pronunciatum à iudice proximiore, quia Dec. ibi ostendit, etiamsi notoria esset, quod super eo pronunciandum: nec confessio actorum obstat, quia generalis negatio adest, & conditionalis tantum confessio, *si sit vel si esset*; tamen hunc casum exemptũ, prout quoq; dubitari posset *an Landtsbrauch*, includeret forenses.

Etsi igitur in vtramq; partem multa & varia militent, nec consuetudo meo iudicio in his quidem terminis, vt notoria probata, vt sententia ex actis primæ instantiæ non iniqua videatur, vnicus tamẽ scrupulus restat, quem si quis exemerit, facile me in contrarium impellet, nimirum quod post primam instantiã ijdem actores confessi proprietatem pascuorum seu iuris pascendi Reorum esse. *fol. act. 112.* quam confessionem iuuant dicta *fol. 134.* Quæ cõfessio videtur aliquo modo cõfirmari *alleg. cons. Bertr. 37. p. 1. vol. 1. Socini autoritate. L. cons. 36. col. 5. vers.*

Hæc conclusio probatur: quod pascua sint eius communitatis potius, in † cuius finibus res sita est. Dubium tamen erat ibi, intra cuius fines fuerint olim bona & pascua cõtrouersa. *Boß. d. l. in appendice consuetud. Alphernia*, vbi dicit pascua publica ciuium ciuitatis esse sub eodem districtu: argumento etia, quod incolæ magis etiam sunt in consideratione, qua extranei

34

aei. *Bertr. d. conf. 231. n. 7. vol. 4.* Ideo cum sola præscriptione nitantur actores, quia tacito contractui seu pacto, quod ab initio allegatur, non inhærent, & hoc iure pascendi non principaliter, tanquam in suo & proprio, quãuis id incidenter quoque post in fine causæ allegarunt, insistant, sed vt dicto iure seruitutis generaliter, nec alibi distinguunt in petitionibus, quod ipsam priorem confessionem declarare videtur, quod fateantur in genere ius pascuorum in limitibus Reorum alienum fuisse, alias præscriptione aut iure seruitutis acquisitione opus non fuisset, in proprijs.

Deinde, quia iure communionis, ab initio & principaliter quoq; hoc ius cõpascẽdi oues sibi vendicarunt. Certum autem ex iam dictis, hanc communionem à præscriptione tantum originem habere, vbi sæpissime fatentur actores & ea præscriptione, certũ tamen genus pecudum acquisitum. Ergo illa communio † generalis non est, sed specifica & odiosa, ideoque non extendenda. *Parif. conf. 72. n. 149. p. 1.*

35

Nec satis facit ad hoc quidem, quod proprios fundos ibi habeant actores, quia, vt supra dixi, confessi sunt proprietatem iuris pascendi, Reorum esse. Vnde & eiusdem Reis plus iuris competit, vt æqualitas dici non possit, in alijs domini præferendi. Corruente ergo antecedente, quia communitas absoluta non sit, corruit & consequens, quod neque qualitas in omnibus necessario: quo fine videtur transactio in actis de anno &c. 58. vbi non obtinuerunt absolute pro arbitrio certum modũ sed præscriptum.

Tertio quoad ius compascendi oues, actores in euentum tantum id petierunt ab initio, prout adhuc contenti agere oues, si rei desistant, quod ostendit ipsos hoc iure sine magno incommodo carere posse. *Cast. conf. 30. nu. 4. p. 2. vers. est autem casus.*

Quarto, etsi, vt allegarunt, ab initio conuentum esset vel contractum de iure pascendi, tamen obseruantia † seu vsus sequens vel consuetudo interpretationem faceret. *l. semper in dubijs. R. iur.* vel etiam si dubium, interpretatio facienda contra eum, qui se fundat in contractu vel verbis.

36

Quinto, quia actores vel aduocatus ipsorum, in fundanda & probanda actione, si non contrarij, saltem varij, inconstantes & incerti existunt, iam solum prætendentes ius seruitutis præscriptione indistincte, iam solam cõmunionem ex pacto seu conuentione, iam proprietatem fundorum solam, nec vlli tamen in petitionibus distinguunt, cum tamen quoad ius compascendi oues, de quo principaliter controuertitur, id non præscripserint, de conuentione non appareat, vel sit, non releuet in dubio *vt dixi*: Quoad proprietatem autem, cum in proposita actione non distinxerint, sed generaliter Iure seruitutis seu præscriptione egerint, non potest dici eo iure separata competere, aut eius nomine actum esse. Sed &, quod diuidi possit, hoc ius pascendi, non allegant adeo, vt vix actionem ipsis competere appareat, quo adhoc, cum peterint simpliciter iure seruitutis, & profiteantur, se possessorium instituisse, quod tamen ad primam particulam actionis referri potest. Aliam autem actionem nullibi explicant, & iuuari forsan melius potuissent, si simpliciter dixissent, ius sibi esse, non seruitutem, *VVesemb. conf. 18.* Si itaque ius pascendi, etiam in proprijs actorum prædijs, ratione limitum, vt confessi sunt, Reorum proprietas, non possunt possessionem libertatis, quoad oues, iure proprietatis fundi allegare, ex eo, quod vsus communis sit &c.

Cum autem intuitu æquitatis, propter cõmunionem, intentionem suam fundare conati sint, neque tamen id releuent, sibi imputent, si forte alia conditione, via & distinctione consulere potuissent, *per not. Castr. conf. 169. num. 5. p. 1.* Et magis habet, vbi ex actis aut iure certo contra expressam intentionem ipsorum iuuari non possint. Periculosa enim distinctio propter confusionem agrorum, nec constat, an pro dimidia, vel pro maiori parte admittendi.

Et semper obstaret prætensa communio, quæ intelligi non potest, nisi quatenus vsu communi. *Alber. l. in tantum. §. si vniuersitatis. R. deuis.* Ideo concludendum ex his, proximam sententiam confirmari posse, bene iudicatum &c.

Sed quia per testes aliquo modo probatum videtur, etiam in his terminis, vel prætensa pastione ouium, daß die Schaff dem Viehe an der Weid schaden thun/ & in specie, daß es dem gemeinen Viehetrieb schädlich/ & interrogatorio, vnnd daß jederman darüber Vnrichtig gewessen/ quia damnosum fuerit der Schafftrieb/ ita 13. test. ad 4. art. Ideo etiam placeret subuerti, daß sie sich deß in Actis angezogen Schafftriebs ohne allen Schaden vnnd Nachtheil oder Verhindernuß des gemeinen Viehetriebs gebrauchen.

Quatenus enim vel quocunque modo probant, postea impedimentum aut damnum, id addendum. Expensis omnino cõpensatis propter dubium in facto & iure, & summam negligẽtiam partium vel aduocatorum vtrinq;, & quia probare debuissent Rei exceptionem suam, ratione distinctionis temporis, cum principale sit ipsorum fundamentum & negatoria certo tempore sit circumscripta. Saluo &c.

Votum Tertium.

Quoad

QVoad nullitates cũ DD. RR. præsertim ad desertionem, quod attinet. Nam quæ de oculari inspectione denegata, quæ item de ordinarijs terminis allegantur, in consideratione esse non puto, cum contrarium constet ex actis, quid iuris. Quoad decisionem caussæ principalis, siquidem stricte agendum sit, probabiliter dubitari posse arbitror, cum factum, ex quo iuris informatio peti debebat, valde perplexum sit & obscurum, adeoque ipsæ attestationes generales. Inuenio quidem, quod eæ, ex quibus specialis magis declaratio peti poterat, mere sint aduocatorum disputationes, quibus tuto inniti nõ licet. Quibus accedit, quod ad actorum iura & fundamenta responderi, & sic difficulter forte pro ipsis absolute pronunciari queat *per adducta à D. R.* Sic ex aduerso iura, quæ pro reis adducuntur vix sustineri posse, videntur, præsertim quæ ratione consuetudinis allegantur. Nam nihil ex actis inuenio, ex quo certò constare possit, talem cõsuetudinem in ipsis locis, de quorum pascuis iam controuertitur, aliquem viguisse. Vnde ne notorium quidẽ dici posse arbitror, saltem quoad d. loca in specie, vel potius in diuiduo, per ea quæ tradit Wesemb. *conf. 1. p. 1. nu. 54.* Deinde, vt concedamus, saltem ex communi vsu Germaniæ d. consuetudinem notoriam videri, quia tamen actores eandẽ in locis vicinis pure non fatẽtur, in litigiosis autem, quæ exempla dicunt, in effectu † negent, 38 tali casu non sufficere allegare consuetudinẽ, sed probandã esse. *VVesemb. vbi supra p l. si quis renu. custod. t. & exhib. reor. Castr. l. vn. n. 2. C. vt quæ deest aduocat.*

Nec rationem video, qua suppleri possit hic defectus per iudicem, cum dicta consuetudo, dato etiam, quod alias notoria esset, nobis tamen vt iudicibus non constet, quo casu etiã in notorio suppleri non posse, tradit inter alios. Fel. *c. cum ordinem de rescript. nu. 11.* Sic ad temporis distinctionẽ, q attinet, quod sc. tãntum à die Michaelis agãt oues, cum tempus illud de substantia intentionis suæ rei esse velint, illud ipsum liquido & pũctualiter probare debuissent, per ea quæ in similibus pascendi terminis refert, Chassan. *rubr. 13. des. forest. §. 4. verb. de le. S. Michael. n. 6.*

Nec obstat negatiua, cum probandum esse sit communis *Gabner. de probat. lib. 1. c. 6. n. 1.* Præsertim cũ sit correctata loco & tempore, & nos hic meo iudicio versemur in negatiua qualitatis naturalis. *Gabner. vbi s n. 9.* sola superest cõfessio actorum, quæ qualiscunq; sit, quia tamen ex actis elicitur, merito, & consitentibus præiudicare, & à iudice silentio non prætereunda videtur, *Rol. conf. 6. nu. 27.* Præsertim cum eandem coadiuuent præsumptiones nõnullæ, de quibus per D. Ref. Et actores nõ ita ad amussim intentionem suã probarint, quin cæteris concurrentibus regula illa habere locum videatur, actore non probante, &c. Adhæc cum res ipsa loquatur, partium iura obscura esse, ex vtraq; parte potior videtur, & hac ratione caussa reorũ *l. in pari caussa. Reg. Iur.* His concurrentib' cum DD. Ref. cõcludo cõfirmandã priorem sententiam, annexa clausula, vt per d. Corref. Compens. Expensis.

Votum Quartum.

NIsi sola actorũ confessio, qua dominium iuris pascendi Reis tribuere videntur, nõ obstaret, omnino pro actoribus pronunciandum putarem, sententiam primæ instantiæ simpliciter confirmandam, vel saltem decernendum, *daß sie beyderseits, so vvohl mit schaffen, alß auch mit anderm Viehe vnnd Schvveinen den gemeinen VVeidtgang besuchen mögen.* Idq; ex proprijs reorum argumentationibus, non habito respectu, quo actionis genere actum esse dicamus. Cum æquitas, quæ ex actis † & probationibus resultat, plus iudicem 39 mouere, quam genus actionis intentatæ debeat. *c. dilecti filij iudic. allegat. Guido Papa decis. 49. n. 5.* Quod enim quisque iuris in alium &c. quodq; in persona mea æquum esse credidero &c. *l. 1. Quod quisq; iuris.*

Primum argumentum Reorum, *daß es vnbillich, daß sie mit jhren Schaffen vff jhr aigen gut nicht treiben mogen.* Verum est, sed eadem ratio ex parte actorum.

Secundum *daß sie mit den Schaffen jhre guter mercklich bessern konnen ohne* actorum *schaden.* Idem ex parte actorum.

Tertium qui iure suo vtitur nemini iniuriam facit, Idem ex parte actorum.

IV. Ita confusa esse inuicem prædia Reorũ & actorum, vt fieri non possit quin rei agẽdo & pascendo sua pecora, & actorum fundos tangant. Eadem ratio ex parte actorum.

V. Actores nullam præscript. prætendere posse, quoad reorum fundos, agros, cum nullam possessionem vel seruitutem probarint, tantum igitur præscriptum &c. Hoc igitur argumentum contra Reos pro actoribus recte allegari potest, vt nec ipsi quidem præscriptionem quoad actorum prædia allegare vel extendere possint, prout nec probarunt eam, cum nullas vnquam oues antehac aluerint.

VI. Posito æqualitatem inter actores & reos seruanda, quoad propria cuiusq; bona. Reos tamen hac ratione saltẽ pferendos, cũ bona in ipsorũ districtu & limitibus sunt sita. Eiusmodi enim iure quæcunq; bona † in alicuius di- 40 strictu seu territorio sunt posita, præsumũtur ad Dñm illius districtus ptinere *Mat. c. 88. n. 1. Grauet. 154. n. 1.* Sed respõd. huic psũptioni hic locum

locũ esse nõ posse, cũ actores nomine propriorum agrorũ habeãt intentionẽ de iure fundatam, quæ proculdubio talem generalẽ præsumptionem non solũ elidit, sed etiam contra Reos inducit; nimirũ ꝙ in bonis actorũ oues suas pascere nũ possint, licet ea in Reorum districtu sint sita. *Alex. cons. 34. lib. 4. Cæpol. alleg. c. 9. n. 46.* Licet interim nõ negẽ, quin vniuersitas vigore iurisdictionis, quã in suos habet cõmuni maiori cõsensu incolarũ disponere possit, vt quæ ratione proprietatis singulorũ sunt, quoad ius pascẽdi, efficiãt vniuersitatis. Quod tñ secus esse puto, quoad alia prædia forẽsium seu extraneos, si forte in ipsorũ præiudiciũ vniuersitas statum vel dispositionẽ iacere vellet, *Castr. alleg. l. venditor. §. si constat cõm. præd. & gl. c. q̃ verb. cõtra peregrini. dist. 8. Oldr. cõs. 248. n. 1.* Quia consuetudo localis est, non † ligat, nisi subditos. *Pan. cons. 25. n. 24. vol. 1.*

41

Septimo. Sed ratione dd. bonorum magistratus ad diuersa onera teneri. Iniquum igitur foret, si non actoribus in iure pascendi præferentur. Ad hoc satis responsum puto, per D. Corref.

Octauo. Es möchtẽ Actores ein solche grosse Anzahl treiben/ quod rei tandem omnino etiam in proprijs agris à iure pascẽdi excluderẽtur. Sed & actores idẽ pro se habeant: & inæqualitas in n[illegible]mero pecu[illegible]n, si quæ futura essent pro † quantitate possessorum & agrorũ, vel alio legitimo iuris remedio, facile ad æqualitatem reduci posset, *l. testatrix. §. f. vbi Alber. si ser. vend. & idem l. Impp. seru. inst.*

42

Nono. Dicũt, hoc ius pascendi oues, tantũ lucri caussa & æmulationis ab actoribus prætendi: quod forte negari non possit. Sed an hoc idem, nõ etiam ex parte Reorum dici possit, non tam dicta testium, quam propria ipsorum reorum cõfessio ostendunt. Æquitatem † igitur, nec non rationis identitatem, quæ vtrinq; militat, subtilitati iuris præferendam *per l. placuit iudic.* Adhuc putarem, inter actores & Reos, ratione iuris pascendi æqualitatẽ seruari posse, nisi confessionem actorum Domini obstare putent, nec in contrariam sententia allegata consuetudo oder Landtsbrauch traheret, cum ea non sit probata. *Guido Papa cons. 42. n. 1.*

43

Nec obstat, quod inepta instituta actio esse videatur, quia veritas & æquitas potius debet inspici. *Bald. l. edita. C. edend. n. 60. 61.* Sic quoq; me non mouet ex d. ratione, quod soli præscriptioni actores inniti videãtur, quia hoc intelligi potest quoad reorum tantum, non autem quoad proprios actorum fundos, qui intellectus eo facilius admittitur, cum sit iuri cõformis. Facit quod res sua nemini seruit, eoq; magis, cum actores in grauaminibus huius instãtiæ intentionẽ suam talẽ fuisse nõ obscure declararent, nimirũ ꝙ ius pascendi oues solummodo in reorum agris iure seruitutis & præscriptionis, in proprijs vero fundis proprio iure sibi vendicare videantur, quæ declaratio, imo etiam modica mutatio, si substantiam † non mutat durante lite semper videtur permissa. *Spec. de libel. concept. & nunc ostendamus. n. 6. 7. 8. & 11.* Quia nihil noui iuris inducit, sed id, quod est, declarat, *l. heredes. §. 1. Testamentũ.* Etsi igitur actores ob nõ probatã seruitutẽ vel præscriptionẽ pascendi in Reorum fundis succũbant, nihilominus tamen respectu propriorum fundorũ, si nõ ex rigore & subtilitate iuris, saltem de æquitate, quæ ex actis colligitur, iudicis officio iuuari posse, videntur.

44

Nec † vtiq; contraria sunt, quæ diuersis respectibus dicũtur. *VVesemb. cons. 18. n. 7. p. 1.* Et admodum graue esset, actores nostros, qui aliàs ratione propriorũ fundorum bonã caussam fouent, propter imperitiam aduocati iure suo periclitari, & caussa sua cadere.

45

Sed hoc loco fortiter actoribus videtur obstare, quod circa lit. contest. 6. Nouemb. Anno 66. ipsimet confessi sint, dominiũ des Weidtgangs ad nos spectare. Vnde etiã quoad proprios fundos, argumentis in cõtrarium deductis non obstantibus, repellendi esse videntur.

Fateor equidem hanc obiectionẽ satis nodosam esse, nisi & hac distinctione & restrictione quadam vtamur, intelligendo, scilicet, dicta verba, daß dz Eigenthũb des Weidtgãgs denen von Wartheim zugehörig/ tantum de illis prædijs, in quibus actores ius seruitutis, & præscriptionẽ prætendunt, nõ etiam de proprijs, in quibus seruitutẽ habere non possunt. Ad quod me mouet, quod actores ibidem statim subnectunt, es sey jhnen nit von nötten/ ius suum videlicet iuris pascendi oues seruitutem aliquo speciali documento zu Dociren/ dieweil sie das ius præscriptionis vor sich haben. Quæ sane verba præcedentem confessionem generalẽ aliquo modo restringere & declarare videntur, nec aliter, quã de reorũ prædijs, in quibus actores præscriptionẽ prætendũt, nec etiã de proprijs agris, cũ res suo nomini seruit, & ꝙ dicta fessio sub distinctione intelligẽda sit, explicanda veniunt. Clarius patere arbitror ex grauaminibus actorũ in hac instantia ꝑductis.

Ad quod meo iudicio non parũ facit, quod ipsimet Rei in vltimo producto fatẽtur, se ius pascendi in actorum prædijs, nõ iure dominij, sed seruitutis habere. Sequitur igitur, dictam generalem confessionẽ actorũ, tam ex verbis subsequẽtibus, quã ꝓpria Reorũ confess[illegible]ne, ad Reorũ pdia tm̃ intelligenda & restringẽda.

Præterea quoq; me mouet, quod hæc quoq; incidenter † & implicite facta videri potest, ideoq; non præiudicare. *Paris. cons. 60. n. 4 lib. 4.* & alias satis dubia & incerta, vnde † cõfitenti iterum nocet. *Paris. cons. 115. num. 16. lib. 1.* vel saltem in fauorem confitentis interpretanda ve-

46

47

da venit. *Parif. conf. 99. nu. 8. & 10. p. 3.* Accedit, quod hæc confeſſio, proprie confeſſio dici non poteſt, ſed potius nuda & implicita adſertio partis, quæ non æque præiudicat, ac ſi facta eſſe ad interrogationem vel poſitiones partis. *Bald. l. nonnullis. 1. quæſt. C. probat. gl. magna. in l. 1. C. confeſ. commu. conſ. 217. nu. 10. Bald. d. l. non nudis.* Sic quoque confeſſoria, quod res 48 † mea non ſit, quæ tamen mea eſt, non præiudicat quo ad domini amiſſionem. *Bald. l. generaliter. 12. C. non nu. pec. Bart. l. cum falſo. C. iur. & f. ignor. nu. 4. Caſtr. l. tres fratres pact.* Quod ſi domini, ſolutionem hanc ſufficientem eſſe, vel alio modo ſupradictæ obiectioni reſpōderi poſſe exiſtiment, hoc caſu ſententiam primæ inſtantiæ confirmādam, vel reformando eam, pronūciando vt ſupra, daß beide theil ſich gleich ꝛc. videtur mihi tutior via. Quando enim pro-49 babiles ſunt ratione, iudex † æquus iudicatur, ſi per mediam ingreditur. *Loer. q. 42. n. 31. text. l. antiqui, ibi quidam ergo pet. hered. & ibi Angl. Anchor. conſ. 210.* Si autem domini dictā confeſſionem adhuc obſtare arbitrentur, ſimpliciter & in omnibus ſubſcribo ſententiæ Domini Corref. addēdo clauſulam generalem, vt per eum. Compenſatis expenſis. *Alex. conſ. 100. nu. 2. lib. 1. Ruin conſ. 92. n. 8. vol. 3.* qui dicit, dānum non fieri, quod ipſe hoc probare tenetur. Saluo &c.

Votum Quintum.

PONderatis omnibus deductis, ſimpliciter concludo cum D. Corref. pronunciando in proxima inſtantia, bene iudicatum, male appellatum, cum reſeruatione, vt per eum. Vellem tamen tempora quoque diſtinguere, & ne etiam poſt feſtū Michaëlis per paſturam ouium damnum actoribus inferatur. Compenſ. expenſis.

Votum Sextum.

DE actione, & eius probatione, cum DD. RR. Quoad conſuetudinem à reis allegatam, puto illius ſpecialem probationem, ideoq; omiſſam, quod actores ipſam nunquam pure negarint, maximè in omnibus prioribus inſtātijs, imo aliquoties ſuo dāno cōfeſſi ſunt. Deinde, quod eam pro notoria habuerint, prout pleriſq; in locis Germaniæ notoriam eſſe puto, eam quoq; etiam apud Gallos & Italos frequentem eſſe, ex eo apparere videtur, quod Doctores multi in conſilijs & commentarijs ſuis plerunque de iuris paſcendi ſeruitute, non tam in alieno agro, fundo vel prædio, quam in alieno territorio tractant. Vnde patere videtur, vt Iuriſdictionem, ſic etiam ius paſcēdi paſſim territorio definiri cōſuetū eſſe, quod etiā Socin. Senior teſtatur. *conſ. 86 vol. 1. n. 8.* Nec dici poſſe puto, forenſium bona eſſe excepta, cum ſub territorij nomine proprietates 50 † bonorum non contineantur. *Oldr. conſ. 176. nu 2.* Concludo cum DD. Ref. proximam ſententiam eſſe confirmandam, adijciendo clauſulam, daß es den gemeinen Weidgang keinen Schaden thue. Cōpenſatis expēſis. Saluo &c.

Votum Septimum.

PAſcua eſſe vniuerſitatis, ſed non vnius magis, quam alterius vniuerſitatis. Communitas nec peti etiam ratione ꝓprietatis, ſi quid ex confeſſis & partim probatis, ſiue alioqui nō negatis conſtat, tam actores, quam Reos, alterum in alterius territorio mutuo, & nō iure proprietatis, communionem paſcorationis prætendere, cum ſi iure proprietatis peteretur, vnus alterū excludere prætenderet, & iure ſingulorum ius paſcendi, tanquā in ſuo aſſereret, quod hic non fit: ſed actores ex communione antiqua, ac tacita quodammodo ſocietate, longo tempore inter vicinos introducta, ea quoq; occaſione & ęquitate cœpiſſe, & creuiſſe videtur innuere, quod actores, licet plura animalia teneant Reis, tamen in Reorum quoque territorio, multa etiam bona propria poſſideant, non econtra, & ideo ex huiuſmodi ꝓportione æquitatū quoq; per ſe inducere, vt ſolius Ring vnnd Bendt/ Rei nihil magis poſſint, quam ipſi, ſed prout ab antiquo ſocietati inſiſtendum, ne propter iuriſdictionem tamē ius publicum paſcendi ad priuatam vtilitatem vnius partis magis, quam alterius deriuetur, & vni ſocio plus tribuatur, quam alteri non inuito. *l. Sabin. communi diuid. l 3. §. f. Qui pot. in pig. hab.* In his terminis Borbonius in viatorio. *2. p. rubr. 149. verſ. quæritur an vno ſociorum vti. t. præced. de ſocietat. paſcuorum. fol. mihi. 75.*

Nam & vſus certo genere animalium † mu- 51 tari nequit, ab altera parte citra periculum amiſſionis iuris ſocialis. *per l. ſi communem §. 1 l. ſi quis alta. Quemadmodū ſeru amitt. Couar d. c. 37. nu. 7. verſ. 3.* Et quod contra veterem morem fit, etiam confeſſoria dirui peti poteſt. *l. 1. C. ſeruitut. & equa. l. 1. C. ædif priuat.* Neq; enim refert affirmatiuis vel negatiuis proponitur, modo ius aliquod vendicetur. *Oldend. in Claſſ.* Itaq; hac tacita ſocietate ſtante paſcuorū publica, confeſſoriam inſtitutam videri ratione conſeruandæ mutuæ ac æqualis compaſcuationis. *Cœpol. d loco. n 36.* Siquidem concluſio in libello perſonali, qualis eſt actio in factum, vel poſſeſſorio, conueniri poſſe non videtur, quæ tamē ſi vtilis ſit ex probationibus, cū DD. RR. darem, iam autem quod ius paſcendi Domini territorium, iure ſuperioritatis, aliquando iure Marchi & diſtrictus, & hi ijdem ſeparatione proprietatis, ſeparatione communitatis, ac demum priuati quoque ijſdem modis ius paſcendi vſurpent, vel vna cum mediate, vel immediate ſuperioribus, communionis iure vti velint: Et quis his caſibus meri-

merito potior, ne alium excludat: Item quãdo concurrant, videant Domini Marian. Frecciam de feudis. lib. 2. 46. autoritat. Baronis ergo sub feudatarium. fol. mihi. 299. nostro casu putarem, cum R R. ratione confessionis actorum, quod proprietas Iuris pascendi, de per se & in abstracto, à proprietate rerum non attento, quod habeant propria communis, tamẽ iure petatur Reis, tum *Zvving vnd Bedt* concedantur, eæq; *Zvving vnd Bendt*, secundum consuetudinem, licet ius pascendi inferant, tamen propter antiquam societatem ab effectu consuetudinis aliquo modo exemptũ, & ad hoc proptietatem multorum bonorum suorum inducunt, vt hoc ius societatis, prout ab antiquo, conseruent; quod cum rei vsu suo iuris pascendi oues non interturbare velint, sed communem illæsam seruari, si post tempus Mihaëlis, eo tantum tempore oues agant, quo communioni noceri non potest, putarem sententiam vltimam, omnibus allegatis per actores non obstantibus, merito confirmandã esse verbis, vt per Corref. & vt per votantem quintum, proxime specificando, quantum fieri potest in indiuiduo, & tempus etiam post Michaëlis sine damno, vt pascere possint.

Nam in pascuis publicis, vt hæc sunt, vbi ratio dignitatis bonorum, & aliarum circumstantiarum ratio haberi non debet, sed tantũ publici boni, & prout quisq; publicus est, vel prout ciuis, vel incola, aut socius omnis nouitas vitanda est, ea præsertim quæ inæqualitatem & damnum inducit. *l. 1. C. pas. publ. lib. 11.* Saluo &c.

Votum Septimum.

EGo in hac dubia causa iura & fundamẽta Reorum potiora, & d. Reos actoribus perferendos esse puto, per rationes à d d. R R. & alijs pro hac opinione adductis, cum quia nobis saltem constat de actorum præscripto iure, compascendi in alieno districtu, certũ tamen genus pecoris, rectè igitur hic dici posse, tantum præscriptum. Deinde quia hic in consideratione nõ veniũt proprij fundi actorum, sed solum ius seruitutis pascendi in abstracto, quasi quod actores Reis vt proprium ipsorum ius ex propria confessione tribuunt, ideoq; cum alijs dominis similiter concludo, proximã sentent. sexti votantis, confirmandã esse pronũciando benè iudicatũ, malè appellatũ. Cum clausula tamen, vt Domini caueant, ne damnum inferatur, vel ne quid decedat per pastum ouium actorum iuri compascendi *jhres Rindsviehes*, quę sententia mihi æquor videtur, iuxta illud quod dici potest, quod mihi prodest, &c. *l. in creditore in f. enicti-on. l. ibi. gl. verbo quod sine dispendio l. in summa. §. item Varus, de aqua pl. arcenda.*

Sententia.

IN Sachen Bürgermeister vnnd Rath der Stadt Wartheim/ Appellanten eines/ wider Schultheiß vnd Gericht zu Oberwartheim/ Appellaten anderstheils/ ist allem vorbringen nach zu Recht erkandt/ daß durch Richter nechst vorgehender Instantz (Doch daß die Appellaten sich des Schafftriebs *in actis* angezogener massen gemeinen Weitgang ohne nachtheil vnnd schaden gebrauchen) wol geurtheilt/ vbel darvon appellirt/ die Gerichtskosten derowegen auffgelauffen/ aus bewegenden Vrsachen gegen einander compensirent vnd vergleichent.

DEC. III. VOTVM VIII.

In Caussa H. Dittimari, Graffen zu Langenberg/.

Contra

Johann Adolph Graffen von Langenberg.

In puncto Mandati sine clausula cassandi.

SVMMARIA.

1 *Rescripta omnia principis habent tacite clausulam illam, maxime de iure canon. si preces veritate nitantur.*

2 *Rescripta non aliter valent, de iure ciuili, nisi expresse opposita sit clausula illa, scilicet preces veritate nitantur.*

3 *Mandata sine clausula regulariter prohibita sunt, & in certis tantum casibus permissa.*

4 *A precepto non est incoandum parte altera non audita.*

5 *Prędo etiam in sua possessione manu tenendus est.*

6 *Nemo sua possessione priuari debet sine caussa cognitione.*
7 *Iuste possidet, qui auctore pratore possidet.*
8 *Rescriptum arguitur obreptitium, si taceatur id, ob quid repressum princeps non fuisset concessurus illud, aut saltem non ita facile.*
9 *Rescriptum vt a subreptione saluetur, exprimi modum oportet, per quem factum consummatum fuit.*
10 *Aduocatio nihil aliud est, quam defensio.*

IN NOMINE Domini. Amen.

MANDATIS cum vel sine clausula exceptio subreptionis obijci poterit. Non n. mandatum sine clausula necessitatem habet parendi, si is, cui mandatur, & contra quem est impetratum, possit docere de falsitate narratorum, quo sub & obreptitie ex falsis narratis tale mandatum impetratum sit: habet enim omnia † principis rescripta tacitè clausulam illam maximè de Iure Canon. si preces veritate nitantur *c. 2 rescript.*

2 Nam † de iure ciuili non aliter valent, nisi expresse opposita sit clausula illa, si preces &c. *l. vniuersa C. diuers. rescript.* Quod tamen accipiendum est secundum distinctionem Bart. *l. 2. n. 2. C si contra ius vel vtil. publ. Ias. ibid.* vbi ponit differentiam inter rescriptum subreptitium, obreptitium, & falsum, *Can. communiter. c. super literis. et ibi gl. magistrat. Referc. robaliteras.* Et hæc potissimum obtinent in mā-3 datis † sine clausula, quia talia mandata regulariter prohibita sunt, & in certis tātum casibus permissa, *vt not. Dd. l. de pupillo. §. meminisse. Noui op. nunc. vbi imprimis. Alex. Angl. §. curare. n. 01. Inst. act.* Non n. à præcepto incli-4 nandum est, parte altera † non audita. *l. 1 C. Excep. rei iud.* Quapropter de falsitate argui rectè posset, aut mendax procurator impetratis careret. *text. l. etsi legibus. C. si cont. ius vel vtil. publ. &c. c. sedes Resc. c. quando eod. 1.* In præsenti ex actis constat, quod narrata mandati nullam faciant mentionem decreti Cæsaris, quod transactionis loco diu ante impetratum partibus à Cæs. Maiest datum fuit. Vnde planè perspicuum est, dictum mandatum tacite veritate obiectum. Si n. talis decreti mētio facta fuisset, proculdubio domini assessores tale mandatum sine clausula non decreuissent, nec à præcepto cōtra iuris cōmunis regulas tali in casu incepissent, cum ius aduocariæ, quod inter partes controuertitur, Comiti Iohanni Adolpho à Cæsare, cum plena causæ cognitione, adiudicatum sit, eiusq; decreti vigore in possessione auocariæ siue profectionis venerit, vti constat ex instrumento paritionis, Comitis Dithmari impetratis. Quare Comes Iohan. Adolph. Iure se in sua possessione tueri potuit. Et si modum forte excessit legitimæ defensionis, tamen hoc factum taliter non est, vt à præcepto inchoari, ac legitimus possessor sua possessione spoliari debeat aut possit. Cum etiam prædo in † sua possessione 5 manu tenendus sit, *iuribus vulg.* si non vsus est moderamine inculpatæ tutelæ, si vim intulit & ius sibimet dixit, agatur ordinaria via coram competente Iudice ad videndum illum incidisse in pœnas *l. si quis in tantam. C. vnde vi.* & alias pœnas iuris communis: sine clausulæ vero † cognitione nemo sua possessione priuari 6 debet, siue iustè siue iniustè possideat, *text. aureus. l. pen. ad l. Iul. de vi priu. l. 2. C. probat.* nec ex imperiali quidem rescripto. *l. f. C. si per vim vel alio modo. Alex. cons. 5. n. 1. vol. 2.* Habet etiam Comes Iohann. Adolphus pſumptionem iustæ possessionis pro se, propter decretū Cæsaris, donec contrarium legitimo iuris ordine seruato probetur. Iustè † n. possidere 7 dicitur, qui autore prætore possidet. *l. iuste acquir. poss. l. qui autore. reg. iur.* Hoc decretū Cæsaris Dithmar. Comes etiam acceptauit, & ratum habuit, vt constat ex instrumento paritionis. Nam paruisse se Cæsaris decreto, & fratri suo Iohanni Adolpho possessionem Cœnobij Stalen tradidisse, & recessisse, adserit, ex quibus patet, mandatum ex falsis narratis sub & obreptitie obtentum, & proinde cassandum, prout concludo per text. *c. sedes. & d. c. si quando rescript. d. l. etsi LL. cum resus. expensarum.* Saluo tamen iure agendi in causa principali, coram iudice competente, scilicet *fur die Austräg.* Rescriptum. n. † arguitur su-8 reptitium, si taceatur id, ob quod expressum princeps non fuisset concessurus illud, aut saltem non ita facilè. *d. c. super literis, ibi gl. verb. super literis.* At hoc hic factum est, quia de Cæsaris decreto, adeò quod habita transactione nulla in supplicatione mentio facta fuit, quorum si tempore supplicationis impetrans mentionem fecisset, proculdubio nihil obtinuisset. Sequitur ergo tale mandatum sine clausula sub & obreptitie obtentum. Nam vt † rescriptum à subreptitione saluetur, non 9 sufficit generaliter exprimere factum, nisi etiam exprimatur modus, per quem factum consūmatum *gl. sing. c. dilectus filius. Abbas verbo viribus rescript. Rom. cons. 326. nu. 10. cum seq. Bellon. cons. 18. nu 6.*

Et ideò concludo, vt supra mandatū cassandum. Porro quandò ipse Cæs. Ferd. d. Comiti Ioanni Adolpho mandat, vt nihil de facto contra decretum attentet, innouationes tollat, Abbatissam & conuentum in administratione rerum suarum non turbet, vellem hoc ex-

hoc expresse in sententia exprimere, quia iuri & naturali æquitati consentaneum, ne quis pro sua libidine res alienas occupet, & in suos vsus nefarie conuertat. Si aduocatus, si protector cœnobij esse vult, defendere, 10 non opprimere debet, quia aduocatio † nihil aliud est, quam defensio. Zas. cons. 7. nu. 6.7. & 15. vol. 2. nullam aduocato tribuens iurisdict. neq; in personas, neq; in res. *Alex. l. 1. n. 34. Iurisd. om. iud. Soc. ibid. n. 28. Idem l. si ex toto nu. 8 cum seqq. Leg. plat. l. 1. C. excus. mu. lib. 10. Soc. cons. 7. per totum fol. 1. Bos. tr. de principe. nu. 263.* Quanquam hæc appendix vix defendi possit, cum scilicet cassando mandatum, omnem iurisdictionem, a nobis abdicemus, & sic super alieno facto pronunciare non possimus. Placuit tamen Dominis, & mihi, vt eo modo, quo sequitur, sententia conciperetur, & publicaretur.

Sententia cassati mandatis

IN Sachen H. Dithmmar Graffen zu Langenbergk / & consorten Klägern / wider Herr Johann Adolphen Graffen zu Langenbergk / Beklagten mandati sine clausula, ist erkandt daß solches Mandat zu cassieren vnd auffzuheben sey / alß wir dasselbe hiermit cassiren vnnd auffheben / sie die Kläger in die Gerichtskosten derohalben aufgelauffen / nach Rechtlicher Messigung dem Beklagten zuentrichten / vnd zu bezahlen fällig vrtheilendt / doch beyde Parthyen jre Gerechtigkeit der Hauptsachen halben in petitorio & possessorio, So fern sie einander Spruch vnnd Forderung nicht erlassen wöllen / an gebürlichen Orten anzubringen vnnd außzuführen / vnbenommen / sondern vorbehalten: Ferner von Amptswegen der Bescheid / daß gemelten Beklagten deß Schutz vñ Schirms halben / vber das Klöster Stalen sich der Keyß: gegebenen Anspruch vnd Beuelch seinem selbst Erbiedten nach gemeß halten soll.

DEC. III. VOTVM IX.

In Caussa Dechandt Capituli zu Flora / Contra D. Nicolaus von Rosenbergk.

In puncto paritionis, & negligentiæ procuratoris.

SVMMARIA.

1. clausulæ, jetzt als dann vnd dann als jetzt / vis & operatio.
2. Dictio tunc significat extremitatem temporis.
3. Verba ex nunc & ex tunc quid significent.
4. Iudex in definitiuis, postquam semel sententiam dixit, functus est suo officio.
5. Sententia contra sententiam ipso iure nulla est.
6. Articuli defensionales impertinentes ad probandum non debent admitti.
7. Pars volens proponere dilatorias post lapsum termini, non auditur.
8. Vasallus licet ipso iure, felonia commissa, feudum omittat, tamen ad auocandam possessionem parium sententia declaratoria requiritur.
9. Tempus naturali ratione in suspenso esse nequit.
10. Negligentia procuratoris nocet domino.
11. Dominus non restituitur in integrum aduersus negligentem procuratorem, sed habet actionem mandati.
12. Procurator negligens tenetur domino de leuissima etiam culpa.

IN NOMINE Domini. Amen.

QVÆRITVR an defensionales ad probandum admitti debeat, quibus D. Rosenbergk suam diligentiam adstruit, & se ab insimulata negligentia excusat. Omnis eius defensio in eo potissimũ consistit, quod sententia illa euentualis. 17. Feb. An. 52. lata, in causa Ludenbach contra Flora 8. mandati, in quo ipse Rosenb. procurator fuit, Flora statim post terminum præfixum, scilicet ad proximam, quæ fuit 19. eiusdem purificata fuerat.

Hoc ostendere conatur ex clausula illa inserta, nunc prout ex tunc, & tunc prout ex nunc. Nam † ea clausula hoc operatur, vt si 1 in termino præfixo non doceatur de participatione, quod ex nunc sit declaratus in pœnã comminatam a Iudice. Dictio n. tunc † significat extremitatem temporis, *per text. l. 4. §. 1. Cand. & dom. & ibi art. in pr. li testa. si* 2

cert. pet. l. huiusmodi 62. v. obliq. Bald. anch. contra rogatus. n. 1. & 2. ad Trebel. Bellonus cons. 11. n. 24. gl. d. l. lecta verba. tunc. Bald c. 1. n 16. Vasal. mil. qui cont. vbi dicit, quod verba † ex nunc nō significant præsentem verbi actū, sed futurū effectum, verba verò ex tunc significāt effectum verbi consumati, *per text. d. l. lecta, idque apertius declarat. Pan. c pastoralis except. Angl. d. l huiusmodi, & ibi pulchre Zas. nu. 5 & 6.* dicens, huiusmodi dictiones ex nunc vel ex hoc die, vel ex præsenti tēpore, esse reflexas, quia terminum ad quem jungāt ad terminum a quo & vicissim terminū a quo connectūt termino ad quē. Terminus a quo est in nostro casu dies latę sentētiæ, ad quem dies præfixus, prout latius hoc explicat Zas. *d. loco.* Si igitur termino ad quem non fuit factum satis sententiæ, consequens est, eam statim purificatam fuisse, & in rem iudicatam transijsse, & sic parti ius quæsitum *l. etsi post tres si quis caut. def. fact.* quod contraria sententia iudex parti auferre non posset *d. l. f.* Quia † in definitiuis postquā semel sentētiam dixit, functus est officio suo *l. Iudex. l. Paulus Re. iudic. cum simil.* Et alias † sententia contra sententiam ipso iure nulla est. *l. 1. C. Quando prouoc non est nec.* Nihil igitur reo imputare potuit, qui in termino præfixo, instrumentum paritionis tale, quale ab actoribus transmissum erat, iudicaliter exhibuit. Si illud sufficiens fuisset, actores in pœnam mandati declarati non fuissent, quia vero in sufficiens fuit producere. *l. quoties per satisd. cog. Zas. l. præses l. n. 8. Re iud. Afflictus §. si quis per 30. annos. nu. 5. si de feud. cont. int. Dominum & vas.* meritò postea allegatæ sentētiæ, quæ iam transiuerat in rem iudicatam, in pœnas mandati condemnati sunt. Nec dici potest si aliud instrumētū Reus exhibuisset, plenæ paritionis ante sententiā declaratoriam 6. Apr. anno eod. latam, prout in mandatis habuit, declarationē non fuisse subsecutam, quia virtute allegatæ clausulæ, *ex nunc prout ex tunc,* prior sententia in suspenso esse non potuit, tempus enim continuū est, nec in suspenso esse potest, fluit, procurrit, & mouetur indesinenter vsq; ad terminum principalem, impossibile est, vt tempus non quiescat, *vt docet Zas. l. 1. §. si quis simpliciter n. 9. cum seq. fac. text. l. Celsus de arbitr.* Sic ergo in præsenti, aliud instrumentum paritionis post terminum præfixum exhibendum, quantum ius sufficiens, & in plenissima forma actoribus ad pœnæ euitationem nil profuisset, propter rem iudicatam, & parti quæsitum ius.

Hoc potissimum fundamento Reus, vt dixi, nititur, quod in iure subtili quidem ratione verissimum est *iuribus supra allegatis*, Sed an proposito nostro deseruiat, modò consideradur venit. Itaq; dicendum de exceptionibus, contra istos defensionales articulos.

Excipiunt contra defensionales, quod sint impertinentes † & irreleuantes, ideoq; ad probandum non debere admitti *vulg. l. ad probationem. C. probat.* & in specie negant, sententiam purificatam post terminum ad quē sed per deputationem commissariorū in suspenso fuisse, & quod proculdubio Iudex actores in pœnam mandati declarasset, si ante declarationem 5. Apr. Anno eodem latam, legitimum & plene paritionis instrumentum, iudicialiter per Reum productum & exhibitum fuisset. Hanc exceptionem in eo quidē iudicio non obstante prædicta iuris subtilitate, releuantem esse puto, sententiam scilicet 7. Febr. latam post terminum præfixum saltem, quoad effectum & declarationem pœnæ & quoad iudicem non purificatum, sed in suspenso fuisse.

Hoc vt ostendatur, acta in causa *Odenheim* contra *Flora* 8. mandati, vnde hæc actio orta, paulo altius repetenda sunt. Inprimis obseruandum quod mandatum illud, hic in Cam. 5. Feb. anno 52. extractum sit, terminus paritionis peremptorius ad diem 15. eiusdem mensis. Executio facta 7. Febr. reproductū 15. eiusdem, & sic in termino præfixo.

Quin & illud meminisse oportet, prædictum mandatum insertam habere clausulam iustificatoriam, vt relaxent captiuos omnino vel si caussas habent, quare id fieri non debeat *in andere liederlichen Zwenger, die jhnen an Leib, noch Leben schedlich sein mögen,* custodiant. Huic mandato paritum fuit, quoad mitigationem carceris, altera die post factam executionem, scilicet 5 Feb. vt actores articulant, 4. & 5. posit. id quod nuncius in executione sua quoq; fatetur. Et sic 8 diebus pręuenerunt terminum parendi. Et licet huius paritionis nullum sit iudicialiter exhibitum instrumentum, Magnus tamen in termino docendi de paritione non negat, mutationem carceris factam, sed durius nunc aduersari rusticos quam ante, adseuerat. Interim dum nullum instrumētum paritionis exhibetur, fertur 17. Feb. Anno eodem sententia euentualis, vt ad proximam rei de paritione sub pœna mandati doceant. Huic satis facturus Rosenberg, vt in termino pręfixo, instrumentum, quod paritionis vocant, *Zwoll der vrtheil am 17. b. ein genugen gethan haben.*

D. Magnus negat paritionē vtramq;, desuper concluditur. Iudex interiectis aliquot diebus scilicet 22. Febr. ex officio Commissarios duos deputauit ad inspectionem ocularem vtriusq; carceris, scilicet vt secundi cum instructione. Item fuit processus in d. causa Ludenbach contra Flora 8. mandati. Referunt commissarij, secundum carcerem multo priore mitiorē, & talē in quo captiui, absq; vitæ discrimine adseruari possint.

Hinc

Hinc facile colligere est, iudicẽ voluisse effectu sententiæ eueutualis tantisper in suspẽso esse, donec sibi de veritate paritionis cõstaret. Scietiã n. habuit mutati carceris, vti ex 4. art. inquisitionis siue informationis constat, sed ꝓpter cõtraditionẽ Magni adseuerãtis, rusticos in multo arctiori & duriori carcere concludi & adseruari commissarios, vt dixi, ad inspectionẽ vtriusq; carceris deputauit. In omnibus, in quibus nõ tam iudicium quã testimonium requiritur, ipse iudex per se nil, sed per suos deputatos de veritate inquirit. *l. f. §. f. C. Iu. dom. in pr. Bart. l. 2. n. 20. cum seq. c. se se vend.* quæ quidẽ deputatio frustratoria fuisset, si d. sententia in rem iudicatã transijsset. Hoc ipsum Rosenberg fatetur *in der articulirten Anzeig. n. 9. in 6. art.* Nam ponit, quod per deputationẽ commissariorũ sententia fuerit in suspenso, *vnd die würcklichkeit nit habe erlangen mögen.* Item in recessu suo 9. Nouemb. Anno 52. habito, diffitetur, quod sententia euentualis transierit in rem iudicatam. Hęc est propria ipsius confessio, adeoq; geminata & perseuerans. Quomodo igitur nũc cõuentus actione mãdati contrarium adserere potest. Non obstat clausula, ex nũc prout ex tunc, quia illa iuris theorica procedit, si in termino pręfixo nullũ plane instrumentũ exhibitũ fuisset, quo casu pœna statim post terminum commissa fuisset. *d. l. lecta si cert pet. d. l. huiusmodi. 2. v. obl.* Sed hoc in termino aliquod instrumẽtũ exhibitum fuit, & desuper vtrinq; an sufficiens esset nec ne, conclusum: Quare caussæ cognitione & iudicis, & interlocutione adhuc opus fuit, an videlicet de plena vel imperfecta paritione fidem faceret, maxime ob clausulam iustificatoriã mandato insertam. Nam integrum vtiq; illis erat, causas in termino allegare, quare nõ teneretur parere, id quod fecerũt allegando scilicet causas sub & obreptionis, falso supplicatũ Cæsari, falso narratũ, primũ carcerem fuisse ꝓrsus inhumanũ, & durissimum, *per ea quæ not. Fel. c. licet. causã. n. 18. 14. limit. probat.* vbi dicit, ꝙ pendente termino, vt hic, fuisset disputatum an exceptio erat admittenda vel non, tunc lapsus termini non nocet. Item tenet *Bal. d. l. 1. n. 4. C. Iuram. Calum.* & alias regulariter post lapsum termini pars volens proponere dilatorias audiri nullatenus debet *c. pastoralis Except. & ibi Panor. n. 4.* tamen illud non procedit, si pars in termino compareat, & de suis exceptionibus protesterur. *vt tenet gl. d. c. pastoralis. verbo potestati & ibi Bar.* Quod hic, vt dixi, factum, quia in termino allegarunt causas sub & obreptionis, quæ iudicis interlocutionẽ adhuc postulabant. Hac ratione cessat illud argumentum, quod a pari procedat non producere instrumentum, & minus sufficiens producere. *d. l. quoties si quis caut. &c.* Quia desuper adhuc erat pronunciandũ, an esset sufficiens nec ne; quemadmodũ de Stylo Cam. quotidie in causis pignorationũ obseruari videmus. Extat prępiudiciũ in causa Comitis à Nassavv contra Cardinalem Metensem *Hans Dirselß verstrickten belangedt*, Publicata sententia 7. Iulij Anno 64.

Et quamuis ex iuris subtilitate, casu, quo insufficiens dictũ instrumentum fuisset, parti ius quoddã post terminũ præfixum quęsitũ fuisset, tamẽ de illo iure parti quæsito quoad effectum sententiæ, ante declaratoriã sententiam, cõstare nõ poterat, nec ante executoriales peti aut decerni potuissent. Quemadmodũ in simili, licet vasallus commissa felonia † ipso iure omittat feudum, tamẽ ad auocandam possessionem, requiritur sententia parium declaratoria. *c. 1. in pr. feud. sine culp. nõ amitt. & ib. Affl. n. 3. & Bald. auth. qui semel. n. 2. C. quomodo & quando Iudex.* tradit, quomodocunq; priuatur quis iure suo, quod prætẽdit se habere, causa cognita iudicẽ pronũciate oportere, etiamsi priuetur ipso iure. Quãto magis obtinere debet in præsenti, vbi etiam plene paritum fuit, ante sententiam declaratoriã, nõ attenta clausula iustificatoria. Non obstat, quod † naturali ratione tempus in suspenso esse non possit. *ex doctrina Zasij. l. 1. §. si quis simpliciter. n. 9. v. obl.* quia iudicis officium, hoc est, cognitio paritionis & declaratio pœnæ, & sic factum in suspenso esse potuit. Non obstat etiam *d. l. Celsus de arbitr.* quia licet ipso iure statim post terminum cõmissa esset pœna, attamem opera exceptionis purgari ea adhuc potuisset intra modicum tempus, quod arbitrio Iudicis relinquitur, maxime si ius aduersarij non sit factum deterius. *vt not. ibid. gl. verbo post. l. si ita quis 1. §. scia. in. f. 2. obl. l. sed etsi post tres. & ibi Bar. nu. 2. si quis caut.* In præsenti ius aduersarij non fuit factum deterius. Ergo si qua commissa fuit mora eam purgare potuissent. Pro cõfirmatione superiorum accedat. 1. Quod actorum positionales non obstantibus exceptionibus Rei de termino effluxo, vt sententia purificata, ad probãdum admissi sunt. 2. Quod petita restitutio in integrum actoribus denegata sit. 3. Rei confessiones, quod sententia purificata non fuerit. Ex quibus omnibus concludo, sententiã 17 Febr. Anno 52. latam quoad effectum, ita in suspenso fuisse, vt si Rosenberg medio tẽpore vna cum legitimatione instrumẽtũ relaxationis scilicet, ante declaratoriam sententiam 6. April. latam exhibuisset, pœnæ declarationem non fuisse subsecutam, & per consequens ipsum Rosenberg in negligẽtia constitutum esse, & sic recte actione mandati conuentum. Nam negligẽtia † procuratoris nocet quidem Domino. *l. procuratorem Mand. l. cum mandato Minor.* adeo vt aduersus talẽ negligentiam †. non restituatur in integrum, nisi quãdo procurator soluendo non esset. *gl. not. c. 2. verbo negligentia & verbo restituimus. in int. restitutione fac. text. d. l. cum mandato,* Sed habet postea Dominus contra procuratorem negligentem actionem mandati ad interesse damna & expensas. *l. si procurator. §. tutores mand. gl. c. qui generaliter §. fi. procurat. nu. 6. Pan. c. 2. & ibi cõmuniter Canonistæ. vt lit. pend.* qui quidẽ

procurator tenetur domino nō solum de dolo & lata culpa, verū etiā leuissima culpa. *l. a procuratore & ibi gl. verbo & rationem C. mand.* idq; propter tacitā adsertionē industriæ suscipientis mandatum, vt dicunt Cynus & alij *d. l. a procuratore*. Et cum in præsenti Rosenberg soluendo erat, recte petitam ab actoribus restitutionē in integrum, denegatā arbitror. Habuerunt n. ordinarium remedium actionē, scilicet mādati. Igitur extraordinaria nō ei petabat. Concludo defensionales nil releuare, ideoq; ad probandum non admittendos, sed causa ex officio pro conclusa acceptata, definitiue pronunciandum secundum petitionē actorum. Saluo &c.

Sententia.

R*EIECtis defensionalibus causa fuit pro conclusa acceptata in forma communi & pronunciatum*: Darauff allem fürbringen nach zu Recht erkandt / daß gemelte Beclagte inen den Klägern die geclagte Condemnata, sampt den Gerichtskosten zuerstatten vnd zuentrichten schuldig sein/ als auch wir sie hiermit darzu condemniren vnd verdamen.

DEC. III. VOTVM X.

In Causa Adelstein / Contra Meinbergk.

In puncto Appellationis à sententia Commissariorum seu arbitrorum à Cæsare datorum.

SVMMARIA.

1 *Rescripta delegatoria sunt iuris strictissimi.*
2 *Iurisdictio delegata non extenditur, nisi ad personas rescripto expressas.*
3 *Non expressum in rescripto, pro omisso habetur.*
4 *Commissarij a Cæsare vt soleant fieri, & alias de iure.*
5 *Cæsar in casu dubio consuli debet.*
6 *Principi quod placuit legis vigorem habet.*
7 *Contractus mentio si fiat in commissione, etiam interesse ratio haberi debet.*
8 *Iurisdictione data, ea quoq; commissa videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest.*
9 *Delegati possunt recusari & quando.*
10 *Rescripta principis sunt intelligenda vt nemini iniuriam faciant.*
11 *Commissio propter creditores concessa, non debet ad alios casus trahi.*
12 *Princeps omnino nō præsumitur praiudicare velle iuri tertij.*
13 *Principis intentio talis esse præsumitur, qualis est legis scripta & rationis naturalis.*
14 *Iudicis recusandi iusta caussa est, si quis caussam habeat cum iudice, tanquam priuato.*
15 *Inimicitiæ solent caussari ex natura litigij.*
16 *Causa ad eum qui semel grauauit, non est remittenda.*
17 *Iudex a quo, deferendo appellationi censetur omnē iurisdictionem a se abdicasse.*

In Nomine Domini, Amen.

QVO ad formalia, repeto meū votum in puncto deuolutionis, & concludo, appellationem non esse desertam, sed rite interpositam & ad Cam. deuolutam. Videndum ergo de materialibus. Et quia ab interlocutoria appellatum, omissa actionis inuestigatione, ad grauamina descendam. Potissimū & præcipuū appellātis grauamē in eo versatur, quod cōmissarij fines commissæ Iurisdictionis excesserint, & super Iurisdictione Ius dixerint, cætera incidenter veniunt. Adserunt n. appellantes, vbiq; tam in prima quam in secunda instantia, se sub commissione Cæsaris generali inter vulgares creditores non contineri. Diligenter igitur obseruandus & expendendus est tenor commissionis, cum † rescripta delegatoria sint strictissimi Iuris. *c. cum olim. Abbas eod. de leg. Rom. cons. 330.* Et delegata † Iurisdictio non extendatur, nisi ad personas rescripto expressas. *c. sup. eo off. deleg. & ibi Pan. & communiter dd. & l. 1. in f. const. princ.* Quicquid † enim in rescriptio non est expressum, pro omisso habetur. *l. 1. §. non autem. C. eod. toll. l. quicquid adstringenda v. oblig.* Ad propositum commissio primum à Carolo 5. Imp. facta, generalis est, quoad omnes creditores appellatorum. Item ab Imp. Ferdin. renouata & confirmata, generalis est ad omnes creditores appellatorum, vt nominati Commissarij, aut concordia, aut iudicio, negotia commissa terminarent, prout communiter Commissarij † à Cæsare fieri consueuerunt, & alias de Iure fieri possunt. *text. c. 1. in f. de mutuis petitio. & Auth. si vero C. iudic.* Prima via non successit. Ad alteram igitur peruentum est, vt citentur appellantes, vt coram Commissarijs via Iuris procedant. Comparent illi, cum protestatione tamen, de non consentiendo &c. & exceptiones fori declinatorias proponunt. Commissarij propter exceptiones de Iurisdictione dubij Cæsarem Ferdinandum consula, eiusq; declarationem, & secundam iussionem expectant: quemadmodum de iure in † casu dubio fieri debet. *per text. c. si quando. Rescript. Pan. ibid. nu. 1. & certam. Canon. text. Auth. de mand. princ. § 5. §. dam. competent. vers. si quis a Mar. dist. 5. n. 33.* Cæsar consultus rescribit atq; declarat, appellantes quoque sub generali commissione comprehensos. Quod enim omnia dicit, nihil excludit.

Proceditur demum in præparatorijs vsq; ad deuolutionis puncti conclusionem. Commis. tandem, exceptionibus non obstantibus, litis contestationem iniungunt, à qua sententia appellatum ad Cameram. Appellati interpositam appellationem friuolam adserunt, eo quod Cæsaris declaratio, & secunda iussio propositas fori declinatorias prorsus elidat. Quod † enim principi placuit, legis vigorem habet, *§. sed & quod inst. Iur. nat. & gent.* Idq; sine dubio procedit, si appellati in prima instantia actoris partes sustinuerint. Nam & lege ordinationis Imp. *1. 5. p. 2* vtriq; ipsis permittitur, Commissarium a Cæsare pro arbitrio impetrare, Reo etiam inuito, cum iudici non semper in inuitum reddatur, & reorum sit, semper fugere. Neq; obstare videtur quod commissio debitorum, non etiam actorum ratione sit obtenta, eo quod ex verborum significatione, extensio fiat ad connexa dependentia & accessoria. Hinc est, si in commissione † contractus tantum mentio fiat, quod etiam interesse ratio haberi debeat. *l. 2. & 4. de Action. empt.* Cum enim † iurisdictio data est, ea quoq; commissa videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. *l. 2. de iurisd. om. iud. cum alleg. in gl.* Imò cognoscit non tantum de eo, quod venit accessorie ad causam sibi commissam, sed etiam de eo, quod venit accessoriè ad accessorium. *text c. prudentiam. §. si vero off. deleg. Pan. ibid. n. 2. & 4.* Non obstat quoq; allegata causa suspicionis, quia recusatio commissariorum in forma iuris non est facta, dubium nullum est quin vtroq; † Iure delegati recusari possint. *l. apertis. C. iudic. gl. ibid. verbo iudices & communiter dd. Canon. c. suspicionis off. deleg. c. secundo requirit. §. 1. & c. cum speciali appellatione.* At forma præscripta non est seruata, recusatio non est facta ab initio, arbitri non nominati aut electi, prout fieri debet. *d. l. apertissime.* Exceptio recusationis omnium prima esse debet, & ante litis contestationem proponenda est, ante omnes except. dilatorias: Quia si proponitur alia dilatoria, censetur prouocari iudex, vt super ea pronunciet, & sic induitur consensus in iudicem, vnde postea non poterit recusari. *Lanfr. in sua praxi verbo recusationis in pr. Mar. p. 6. de appell. 25.*

Quare

Quare pronunciatum videtur, benè iudicatum, malè appellatum. Cæterum dum accuratius Cæsaris mentem, impetrantium intentionem, & commissionis tenorem considero, iustum appellantium grauamen, prædictis non obstantibus occurrit. Committentis mens fuit, vt obæratis appellatis ex incendio legitimis modis subueniretur.

Hoc ex narratis commissionis manifestè constat. Impetrantium intentio, vt cum creditoribus suis de soluendo debito certa lege conuenirent. Commissionis tenor, vt commissarij vsurarũ rationem habeant, eas ad modum legitimum sub pœnis politicæ ordinationis reducant, obstagia maioris damni euitandi gratia prohibeant. Illis diligenter consideratis, constat, appellatos commissionem, vt debitores, vt Reos, non vt creditores, non vt actores secundum præscriptam formam ordinationis impetrasse, commiserationis tantum ergo. Commissio data in effectu, nihil aliud, quam mercatorum rescriptum obtentum *in l. quoties. C. pub. Imp. off.* non ad eum finem, vt ipsi alios coram ijsdem commissarijs ex alijs caussis conuenire &c. actionemq; liquidi debiti impediri possint.

Aliter commissio Cæsaris intellecta ipsis appellantibus summum adferret præiudicium, quod iuris & æquitatis scripta ratio non patitur. Sic enim rescripta † principis sunt intelligenda, vt nemini iniuriam faciant. *l. ex facto. vbi Bald. vulg. & pap. l. nec auis. C. emanan. liber. c. cum super. §. de off. deleg. Panorm. ibidem numero septimo.* Iniuriam autem facerent appellantibus, si ipsis beneficium ordinationis der Außträg auferrent, eosque inuitos actores facerent. Imo ne Imper. quidem ex plenitudine potestatis hoc facere posset, cum ius quæsitum ex ordinatione statibus saluum esse debeat, vnnd dem Cammergericht seinen starcken lauff gelassen werden soll / ad ord. gezogen. Et sic appareat quod appellati in prima instantia, actorum partes suscipere non potuerint.

10

Non obstat quoque Cæsaris declaratio, quia fateor quidem, appellantes sub commissione fuisse comprehensos, sed vt creditores, non vt debitores, atque coram Commissarijs, non vt creditores, sed vt debitores conueniuntur, contra mentem committentis intentionem impetrantium, & commissionis tenorem, *vt supra deductum est*, & sic nulliter à Commissarijs processum, in negotio ipsis non commisso, quod respectu dominorum non habuerunt iurisdictionem. *d. c. cum olim. Abbas. offic. deleg. Panorm. ibidem numero tertio. Marc. d. disput. 1. num. 34. cum seqq.* Commissio † enim propter creditores concessa est, ideo non debet ad alias casus trahi. *d. c. super eo off. deleg.* Et ea, quæ fiunt à iudice, si ad eius officium non spectant, iuribus non subsistunt. *c. ea quæ reg. iur. in 6. Affl. decis. 366. num. 8. cum seq.*

11

Non obstat, quod rescriptum sit generale, & ad accessoria extendi debeat, & sic ad damna quoque.

Primo quia damna hic petuntur non accessorie, sed principaliter, quorum nulla tamen fit mentio in commissione. Deinde, quia prædicta iuris theorica non procedit, etiam quando de præiudicio tertij agitur, quo casu verba commissionis strictissime accipienda sunt neque extensionem, ex l. *erga*, vocabuli significatione accipiũt, sed ad expensa tantum referuntur & restringuntur, quia † princeps omnino non præsumitur præiudicare velle iuri tertij. *d. c. super eo & ibid. communiter ad.* Imo intentio † principis talis esse præsumitur, qualis est legis scriptæ & rationis naturalis. *Dec. cons. 11. numero tertio & quarto. & vol. 1. & cons. 209. vol. 5. per iura. ibid. alleg.*

12

13

Accedit quod denunciatio vermog der Außträg reis ab actoribus, modo appellantibus, ante citationem Commissariorum facta, & sic quodammodo præuentioni locus sit. *iuxta l. si quis postea. iudic. c. cum plures off. deleg. in 6.* Præterea licet allegatæ caussæ suspicionis in forma iuris non sint propositæ, tamen ex processu & scripto Commissariorum, satis luculenter apparent. Et alias † iusta caussa recusandi est, si quis caussam habeat cum iudice, tanquam priuato, prout appellantes se habere dicunt cum Commissario. Nam † ex natura litigij solent caussari inimicitiæ. *c. cum super off. deleg. vbi Pan. nu. 3. Mar. p. 6. appell. nu. 47.*

14

15

Quare concludo, exceptionibus non obstantibus pronunciandum, male iudicatum, bene appellatũ, caussamque principalẽ hic retinendam. Quoties enim per iudicem appellationis pronunciatur, bene appellatum, male iudicatum, tunc tota caussa ad iudicem appellationis deuoluitur, nec habet locum remissio, quia ad eum, qui semel grauauit, caussa no est remittenda. *c. vt debitus, vbi gl. verbo alioqui appell. Franc. ibid. num. 48.* secus si pronunciaret, bene interlocutum, male appellatum: quo casu remissioni locus erit, nisi delatum sit appellationi.

Nam iudex à quo, deferendo appellationi censetur omnem iurisdictionem à se abdicasse. *c. cum appellationibus. Appell. num. 6. Franc. c. vt debitus. num. 47.* Hanc viam tutiorem esse puto. Nihil enim decedit appellatis, qui articulata damna hic in Cam. vel per modum actionis, vel reconuentionis deducere possunt.

Concludo ergo, vt supra, male iudicatum, bene appellatum, caussamque principalem hoc titulo retinendam. Compensatis tamen expensis propter Cæsaris declarationem, quæ appellatis iustam litigandi caussam dedisse videtur, tum etiam quod sententiam pro se habeant.

Sententia definitiua.

IN Sachen Adelstein Appellanten eins / wider Meinberg Appellatẽ anderstheils / ist allẽ Vorbringẽ nach zu Recht erkãdt / daß durch Richter voriger Außtãg vbel geurtheilt / wohl dauon appelliert sey / die Gerichtskosten derohalben auffgelauffen

lauffen / aus bew ... Ursachen gegen einander compensierendt vnnd vergleichendt. Ferner der bescheidt / wöllen die Partheyen in der Hauptsach ein ander Spruch vnd förderung nicht erlassen / daß solches an diesem Kayß. Cammergericht gehört werdē vnd darauff ergehen soll was recht ist.

SYNTAGMATIS PRIMI DECADIS IV. VOTVM I.

In Causa Graff Johann Adolff zu Adelstein Appellanten / Contra Velten Haupthael / Consortes Appellaten.

In puncto Appellationis in materia renunciati priuilegij.

1. *Fauori regulariter quis renuntiare potest.*
2. *Qua ante litis contestationem regulariter disputari non possunt, iurisdict. Rotvveil non elidunt.*
3. *Appellatio ab interlocutoria & ijsdem actis iustificari debet.*
4. *Instrumenta publica plenam fidem faciunt & inducunt præsumptionem iuris & de iure.*
5. *Iudex ad instantiam solius appellati inuito appellante, omisso appellationis articulo, in causa principali procedere & pronuntiare potest.*

In Nomine Domini, Amen.

FOrmalia iusta. De actione nihil quia ad interlocutoria tantū appellatum. Vidēdum igitur de grauaminibus appellātis, in actis primæ instātiæ nihil allegatū video, ꝙ potuisset impedire litis cōtestationē. Priuilegium n. exemtionis, quo Comites ab Adelstein expresse a Iurisdictione Rotvveilensi eximūtur, nihil in hoc casu momenti habet, propter expressam renūciationē priuilegio fori, quæ patet ex instrumento obligationis, eaq; renunciatio vtiq; valere, & Comitibus præiudicare debet, cum de eorum † fauore principaliter agatur, cui vtiq; regulariter quis renunciare potest: *l. si quis in conscribendo. C. pact. Bal. ibid. n. 2.* Illud potissimū in actis primæ instātiæ opponit, vt hoc in Cam. loco grauaminis deducit, quod denūciatio obstagij non sit facta secundū formam obligationis, & quod eam ob causam ab instituta actione merito absoluendi sint. I. Quod ea denunciatio ad citati notitiam non prouenerit. II. Quod actores prius pignora persequi, quā in personam agere debeant. Breuiter omnia ista Iurisdict. Rottvveilens. non elidunt, quæ ante litis contestationem † regulariter disputari non possūt. 2 *l. nam & postea ibi Bar. iureiur. c. 1. lib. Const. in 6. Ordin. pri 3. t. 27. §. 1.* Cum igitur h. in Camera nihil noui deducatur, quod nec fieri potuisset, cū † appellatio ab interlocutoria, & ijsdem actis 3 iustificari debeat. *Clem. appellanti appel. & ibi* DD. *Bar. l. eius qui eod.* sed eædē exceptiones loco grauaminis proponuntur. Consequens est appellantē nullo modo grauatū, & per iudices primæ instātiæ bene iudicatum, male appellatum esse. Atq; ita pronunciandum esse, cōcludo cum D. Ref. *per c. vt debitus* Appel. cum refusione expensarum, causam remittendo, quod necessario faciendum, quoniam sententia a qua, per iudicē appellationis confirmatur, nisi iudex a quo detulisset appellanti, quo casu cum omnem Iurisdictionem a se alienarit *c. cum appellationibus, appellat. in 6.* causa non remittitur. At hoc factū hic non est. Ergo causa necessario remittēda ad Iudicē ꝑ doctrinā a quo, *Ph. Franc. d. c. vt debitus.* Ceterum hoc modo no erit cōsultū appellatis, qui iustissimā fouent causam, cū in principali probatā habeant intentionē probationē ex instrumento publico, omnibus suis partibus absoluta. Huiusmodi † enim instrumenta publica 4 plenā fidē faciunt, & inducunt præsumptionē iuris, & de iure. *l. cū precibus. C. probat. & ibi cōmuniter dd. Bald. l. quoties. n. 6. Paris. cons. 54. n. 3. vol. 1.*

Quare consultius esset ipsis appellatis, si causam principalem hic retineremus. An igitus ex eo capite hoc fieri possit, quod appellatur circa litis contestātionē petat causam principalem hic retineri. Iure cautum est, quod ad instantiam solius appellati, inuito appellante † 5 iudex, omisso appellationis articulo, in causa principali procedere & pronunciare possit. *c. cordi. appell. in 6. vbi Ioann. Andr. l. Ancor. n. 7. Franc. vbi supra. n. 49. & 51. Pan. ibid. n. 35.* Ratio, quia in eo, quod cognoscatur primo super articulo appellationis, versatur fauor solius appellati, cui si renunciet non potest appellans conqueri, qui appellationem suam adserit legitimam, & sic totam causam ad iudicem appellationis deuolutam. *d. c. vt debitus & ibi Franc. nu. 49.* Nec potest appellans allegare litis pendentiam, corā iudice a quo, cum ipse eius Iurisdictionem appellando declinet. *c. si a Iudice appel. in 6. Franc. vbi sup.* Ex hoc fundamēto causam hic retineri posse existimarem, & pronunciarem, bene iudicatum, male appellatum. Cum refusione expensarū. Saluo. Itaq; fuit cōclusum per omnes dominos, & pronunciatum, vt sequitur.

Sententia Definitiua.

JN Sachen Graff Johann Adolffen zu Adelstein Appellantē eines / wider Velten Haupthaels *& Consortes* Appellaten anderstheils / ist allem vorbringen nach / zu Recht erkandt / daß durch Richter voriger instantz wol geurtheilt / vbel dauon appelliert / vnd daß gedachter Appellant jme dem Appellaten die Gerichtskosten derhalben aufflauffen / nach Rechtlicher messigung zu entrichtē vnd zubezahlen schüldig sey / als wir jhnen darzu Cōdemniren vnd verdammen / vnd mögen gedachte Appellaten in der Hauptsach jrem selbst erbietten nach / an diesem Key. Cammergericht / ob sie es wöllen / wie sich vermöge der Rechten gebühret / fürderlich vollnfahren. *Publicata 42. Septembris. Anno 65.*

DEC.

DEC. IV. VOTVM II.

In Causa Dorotheæ/ Frantz Nußbaums Haußfraw Appellanten/ Contra Gottfridt Hoffman Appellaten.

De intellectu priuilegij N N. circa appellationem.

1 *Dictio Nisi quando recipiat, & quando affirmet, ponat, permittat.*

2 *Priuilegiũ summi principis cum effectu accipiendum est, & ita intelligendum, ne in se repugnantiam seu contradictionem contineat.*

IN NOMINE Domini. Amen.

CONSTAT ex actis primæ instantiæ, nimirum ipsa sententia definitiua summam petitam in libello (quę ad fundandam Iurisdictionem, solum attenditur *l. cum quædam puella iurisdict. om. iud.*) tantum esse 100. flor. in auro, & sic longe infra summã priuilegij Ciuitatis N N. Quare vigore eius priuilegij remittenda venit, sed dubitationem facit obscurus & plane ambiguus priuilegij intellectus. Aufert quidem appellationis benefecium infra summã 300. flor. iusti ponderis, sed addit in effectu limitationem, nisi appellans velit iurare, se non calumniandi animo, neq; malitiose appellasse. Nunc Iuris est, quod illa dictio 1 NIS, † si oratio affirmatiua præcedat excipiat, habeat vim exceptionis, si vero præcedat eam oratio negatiua, vt hoc casu, tunc si sequatur ponit, affirmat, permittit. *per l. actione. & ibi gl. Cynus & Bar. Salic. n. 3. C. transact. Bar. l. cum §. f. num 4 & seq. si quis caut. Ias. d. l. actione. nu. 3. Bald. c. cum accessissent. n. 7. constitut. Dynus c. peccatum in pr. Reg. iur. lib. 6.* vbi latissimè de dictione NISI. *Dec. cons 386. n. 2. vol. 3. Alber. d. l. actione. n. 1. cum seq.* Item latissime in suo dictionario, verbo nisi.

Vnde in præsenti cum in priuilegio N N. præcedat oratio negatiua, videlicet non appelland. NISI ea dictio nisi, ponit, & sic per consequens admittit appellationem iuribus supra d.

Cœterum secundum hunc intellectum nõ video quam vtilitatem, aut quem effectum habeat dictum priuilegium, imo multa absurda sequerentur.

Et inprimis Imperatorem, nullum priuilegium concedere voluisse, sed frustratorium & nullũ actum fecisse contra legem *l. nõ solum act. & oblig. l. quoties. Rebus dubijs. l. hæc stipulatio. §. diuus vt legat nomine.* Item se ipse immediate corrigere voluisse, contra *l. non ad ea condit. & dimit.* Et sic sibi contrarium esse, ex quo primo concessisset priuilegium de non appellando infra certam summam, mox illud ad ius commune reuocaret, vt appellare posset, si iurare velit calumniandi animo se non facere, & sic sequeretur, quod plane esset elusorium priuilegium contra ea, quæ habentur *in c. si ciuitas de sent. excommun. lib. 6. Paris. cons. 70. nu. 4. cum seq. vol. 1.*

Vt ergo istas absurditates euitemus, priuilegium † summi principis cum effectu accipiendum est, & ita intelligendum, ne in se repugnantiam seu contradictionem contineat. *text. c. inter dilectos. vers. pono fid. instrumentum. & ibi Canon. omnes. Bart. cons. 70. nu. 11.* 2 Quare dictum priuilegium sic intelligendũ puto, vt scilicet duo requirat. I. Quod summa sit 300. flor. II. vt etiã eo casu, quo summa priuilegij conformis est, non admittatur appellatio, nisi prius iuret se non malitiose appellare, & sic dictam clausulam de iuramento Calumniæ accipiendam concludo. Moueor etiam præiudicijs. Nam in puncto deuolutionis, non obstãte allegata limitatione causæ infra summam priuilegij ad iudicem prioris instantiæ remissę sunt, vt in causa Petri Vigemondt contra Cathar. Ach. It. Ioann. Schlebts. 6. & 8. Mart. Anno 59. Item in causa Cap. & Melchior Lübler. contra Iohann. VVerner. 16. Augusti. Anno 60. Cum itaq; notorie hæc summa sit infra summam priuilegij, & principum beneficia cum effectu accipienda, & prouocandi licentia certis finibus constringatur, concludo causam remittendam cum expensis.

Sententia.

IN der angemaßten Appellation Sachen/ Dorotheæ Frantz Nußbaums Haußfraw Appellantin eins/ wider Gottfriedt Hoffman Appellatẽ anderstheils/ ist erkandt/ dz solche Sach durch fürgenomene Appellatiõ an diß Key. Cammergericht nit erwachsen/ sondern an Richter voriger Instantz zu remittiern/ vnd zuweisen sey/ Als wir auch sie hiermit remittiern vñ weisen/ vnd gedachte Appellantin in die Gerichtskosten/ derohalben an diesem Key. Cammergericht auffgelauffen/ nach Rechtlicher Ermessigung zu entrichten vnd zubezahlen fällig Vrtheilen.

DEC. IV. VOTVM. III.

In Causa Vuonis vnd Barthol Wechters/ Contra Hansen von Stauffenbergk.

De interpretatione statutorum, & declaratio statuti Iuliacens. de successione liberorum diuersi matrimonij.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Litis contestatio omitti potest in iudicijs vbi summarie proceditur.*
2 *Dos non praesumitur constituta, nisi probetur.*
3 *Verba enunciatiua ad probãdum dotem sufficiunt.*
4 *Nepos aut pronepos succedunt auo aut proauo cum patruis suis in stirpes, de iure.*
5 *Liberorum appellatione nepotes & pronepotes quoq; continentur.*
6 *Nepos succedit in locum patris sui.*
7 *Statutum Iuliacense de successione liberorum diuersarum nuptiarum, & nu. 17. explicatur.*
8 *Statuta regulariter sunt seruanda ad vnguem, prout iacent.*
9 *Statuta generaliter scripta, generaliter quoq; sine distinctione intelligenda.*
10 *Lex vbi non distinguit, nec nos distinguere debemus.*
11 *Statutum vbi non excipit, nec nos excipere debemus.*
12 *Statutorum ratio, si non est expressa, magis verba, quam ratio attenduntur.*
13 *Statutum derogans iuri gentium vel naturali valet, dum modo in totum non derogat, sed in aliquo solummodo casu.*
14 *Legitima, quae iure naturali debetur filijs, statuto vel consuetudine minui potest.*
15 *Statuta generalia recipiunt interpretationem a iure communi. Limitatur nu. 16.*
18 *Statuti interpretationem declaratiuam potest facere iudex, praesertim si statutum sit generale & generaliter intellectum sonaret in absurdum.*
19 *Verbum heres, de quo herede in statuto generali intelligatur.*
20 *Exclusio filiae dicitur exheredatio.*
21 *Exheredatio legis aeque odiosa est, ac hominis.*
22 *Lex sequens generaliter loquens a praecedente speciali interpretatur.*
23 *Leges legibus, statuta statutis concordanda.*

IN NOMINE
Domini. Amen.

QVOAD formalia attinet, in actis reperio sententiam á qua 21. Nouember Anno 74. ab ipsis consultoribus receptam transmissamq;, publicatã postea ab ipsis Scabinis *zu Zweißlingen*, iudicib. a quibus prima post Iudica, cuius dies non exprimitur, quemadmodum neq; dies coepti iudicij expressus.

Appellatum viua voce in continenti, citationem vero extractam hic in Cam. 26. Maij. Anno 48. & sic tempore instícij. De executionis, ac reproductionis tẽpore non sum solicitus, si modo citatio rite nimirum intra 6. menses extracta sit. Hoc enim necessarium quidã dominorum ad euitãdam desertionẽ existimant. Iustitiam. n. ab anno. 44. vsq; ad annum 46. nullam praestare excusationem, quoad extrahendos processus, eoq; Caesar durãte iustitio iudices hic reliquerit, qui supplicantibus processus decernerent, atq; eo modo fatalia perpetuarent eousq;, donec iudicium iterum esset restauratũ. Collatis itaq; in praesenti temporum interuallis, reperio vltima die sex mensium citationem extractã fuisse, facta computatione a tempore transmissae sententiae. Vnde plane non dubito, legitimo tempore citationem extractam esse, quia sententia a qua non fuit lata tempore transmissionis *h. e. 21. Nouember* sed prima post Iudica, quae proculdubio aliquot dierum interuallum habuit.

Quare concludo iustificatis formalibus, super iniquitate pronunciandum. De nullitatibus nihil. Nam, quod de omissa litis contestatione dicitur, id verum non est, etsi verum esset, tamen non obstaret, quia de iure & in iudicijs, vbi † summarie proceditur, omitti potest. *Marant. p. 6. n. 2. t. lib. col.* At in iusti tribunalibus sine figura Iudiciorum, de plano & summarie procedi, presertim in nostris paribus, solet. 1

De Actione.

Appellans in actionis genere variare videtur suamq; intentionem primo fundare, super spolio. Caeterum huic actioni plane non insistit, sed se heredem totius prędij litigiosi, aut saltem coheredem esse contendit. Quare magis petitionem hereditatis intentasse videtur. Id quod iudices quoq; primae instantiae non obscure indicant, dum dicunt, actionẽ institutam *vmb ein Erbgut.* In quorum sententiam & ego descendo, potissimum, quia allegatã consuetudinem immissionẽ a principe factam, Reus diffitetur, eamq; appellãs non probauit, tum etiã quod alias violentus possessor petitione hereditatis teneatur. *l. qui interrogatus mu. l. seq. l. si quis in dicm. §. Iulianus scribit de pot. heredit.*

An Probata.

Appellans adserit, se heredem esse litigiosae villae, & quidem solidum. Quod nepos sit Catharinae in confesso est. Quod Reus dictum praedium solus pro hereditate posideat, id non diffiretur. Videndum igitur primo de iure appellantis.

Duplici iure nititur. 1. Iure dotis. 2. Successionis Iure.

Quod ad dotis titulum attinet, adserit auiam suam Catharinam, d. praedium a patre Vuone in dotem accepisse, id quod testibus probare conatur, qui tamen in specie de dotis

dotis titulo nihil deponunt. Neq; extat in actis aliquod documentum dotalitium. Iam 2 iuris eſt, quod dos † non præſumatur conſtituta, niſi probetur. *Bald. l. nulla. num. 2. C. Iur. dot. Et in auth. res quæ. n. 14. C. comm. de leg.* 3 Et licet fauore dotis, verba etiã enunciatiua † ad probandam dotem ſufficiant. *d. l. 2. C. dot. promiſ. Dec. conſ. 135. n. 5.* atque plenam probationem faciant *d. l. 2.* aut ſaltem ſemiplenam, ità vt mulieri dotem datam verbis enunciatiuis adſerenti iuramentum deferri poſſit. *p. l. b. fidei Iureiur. Bar. conſ 123. n. 2.* Tamen, quia neq; de verbis enunciatiuis per teſtes quicquam probatum eſt, imò vnus eorum diſertis verbis deponat, Vuonem patrem Catharinæ, dominũ villæ fuiſſe: Concludo dotis titulum probatum non eſſe.

Quod ad ius ſucceſſionis attinet, contendit appellans dictum prædium de iure communi ſibi cum appellato commune eſſe, & ex æquo ſuccedere debere. Hæc petitio & ius commune, & naturalem æquitatem p̃ ſe habet. Nam 4 de † iure nepos aut pronepos, ſuccedunt auo, cum patruis ſuis in ſtirpes. *§. cum filius heredit. quæ ab int. teſtor. §. 1. Auth. eod. t.* Quia liberorũ 5 † appellatione nepotes & pronepotes quoq; continentur. *l. liberorum V. ſign.* Succedit, inquam, non iure repræſentationis, ſed proprio, ex ſua ſcilicet perſona, tanquam aui aut proaui heres, non tanquam heres patris ſui defuncti. *l. ſi auus & ibi Bart. n. 2. C. liber. prætor.* quã communiter. *Dd ſequuntur. Alex. conſ. 20. n. 3. vol. 1. & conſ. 4. n. 13. vol. 4.* Atque hoc modo intelligunt text. *d. §. cum filij & d. l. in a-* 6 *nis.* vbi dicitur nepotem † ſuccedere in locum patris ſui. Quod eſt ſecundum communem opinionem accipiendum, quo ad gradum, hoc eſt, quemadmodum filius, idemq; pater tenebat primum gradum, ità nepos nunc patre ſubducto. Hanc opinionẽ latiſſ. perſequitur Chaſſ. in *conſuet. Burg. rubr. 7. & 10. per tot.* quæ opinio optimè probatur. ex *d. l. ſi auus*, vbi nepos, inſtituto patre præteritus, rumpit teſtamentum aui. Id quod non faceret, ſi ex perſona patris ſuccederet p repræſentationẽ, cum pater ſuus eſſet ab auo inſtitut⁹. *Bart. Sal. Alex. Iaſ. & alij ibid.* Et ſecundum hanc opin. inquit Chaſſan. loc. cit. n. 7. in parlamento iudicatum fuiſſe, reſpondetq; ad omnia, quæ forte ad contrarium adduci poſſint.

Non obſtat appellãti grad⁹ ꝓrogatiua, q᷑ videlicet appellat⁹ cum gradu præcedat, qui ꝓ regula, traditur; grad⁹ prærogatiua in linea deſcendenti locum non habere *d. §. Auth. de hered. quæ ab inteſt. d. §. filius inſt. eod.* Cum itaque in confeſſo ſit, appellantem Vuonem Poſtheims pronepotem eſſe, agaturq; de ſucceſſione litigioſæ villæ, quam moriens ab inteſtato Catharinæ filiæ ſuæ, & appellantis auiæ reliquit: concludo appellantẽ, quoad ius ſuccedendi intentionẽ ſuam probaſſe, niſi ſpeciali Iure contrario, nimirum conſuetudinario aut ſtatuto elidatur.

An Eliſa?

Appellatus in concluſionibus ſuis in 16. fatetur, appellantem iure repræſentationis coheredem quidem eſſe, ſed obijcit pro Eliſione, conſuetudinem † ſeu ſtatutum ducatus 7 Iuliacenſis, quo diſponitur, quod liberi diuerſarum nuptiarũ ſuccedant in acquiſitis, ſui, quotquot ſunt, matrimonij bonis imobilib⁹, ſed villam quodammodo acquiſitam eſſe, cõſtante ſecundo matrimonio morte videlicet aui Poſtheims: quia viuentis nulla eſt hereditas. Ergo vigore ſtatuti ad liberos poſterioris matrimonij pertinere, & hoc ſtatutum videntur & iudices primæ inſtantiæ attendiſſe, & ſecundum illud iudicaſſe.

Videndum igitur, an ſimus hîc in terminis allegati ſtatuti, quod generaliter de ſucceſſionibus loquitur.

Pro cuius deciſione quædam in materia ſtatutorum de interpretatione eorundem præmittenda ſunt. I. Præmitto quod † regu- 8 lariter ſtatuta ſeruanda ſint ad vnguem prout iacent. *Alex. conſ. 45. n. 3. & 4. vol. 7. Bald. maximũ vicium. n. 15. C. lib. præter.* Et † gene- 9 raliter quoq; ſine diſtinctione intelligenda *Alex. cõſ. 111. n. 11. vol. 7. & cõſ. 196. n. 6. vol. 6. Iaſ. l. non dubium. n. 38. C. L L.* Quia vbi lex † nõ diſtinguit, nec nos diſtinguere debem⁹ 10 *l. de pretio publ.* Ergo † vbi ſtatutum non exci- 11 pit, nec nos excipere debemus *Iaſ. vt ſ. l. in fraudem. § fin. gl. & Bald. ib. teſt. milit.* Quod adeo verum eſt in ſtatutis, vt ſi eorum ratio † 12 nõ ſit expſſa, magis verba, quam ratio conſiderari debeant. *Alex. conſ. 32. n. 5. vol. 5.* Sufficit. n. quod ſtatuentes putarint eſſe bonum. Nam id ꝓ ratione eſt, licet cõtineat iniquitatẽ *Bald. l. nõ omn. ll. 4. l. 1. §. initium de lib. & poſth. per tex. quem ad hoc omnes allegant. in l. proſpexit qui & a quibus manu &c. Tiraq. in p̃f. tr. de vtroq; retr. n. 75.*

II. Præmitto, quod ſtatutum derogans etiã Iurigentium vel naturali valeat, dummodo † 13 in totum non deroget, ſed in aliquo ſolummodo caſu. *Bart. l. omnes populi, nu. 21. 3. quæſt. princ. Iuſt. & Iur. Alex. conſ. ib. 32. n. 9. vol. 7.* Hinc eſt, quod legitima, quæ iure † naturali 14 debetur filijs, *communi dd. opin.* ſtatuto vel conſuetud. minui poſſit. *Boer. deciſ. 188. n. 6. p. 1. Alex. conſ. 201. n. 8. vol. 7. Sal. auth. nouiſſima. n. 10. C. inoff. teſtam.* vbi magis dicũt communẽ.

III. Præmitto, quamuis ſtatuta † generalia 15 recipiant interpretationem declaratiuã à Iure communi. *c. cum dilectus. §. quia nobis conſuet. & ibi Panor. n. 21. l. 2. C. mox act. vbi Sal. n. 2. cum ſeq. l. fin. §. in computationem. C iur. delib. Rom. conſ. 144. n. 3. Soc. conſ. 54. n. 6. vol. 1.*

Hoc ta-

Hoc tamen singulariter limitatur vt non procedat, quando statutum † venit ad ius cõmune derogatiue (vt in nostro casu) tunc ab eo iure cui derogat (hoc est cõmuni) non recipit interpretationẽ. *Bald. d. l. maximum vitium. l. n. 15. Rom. cons. 199. n. 21. cum seq.* Cum itaq; in præsenti, statutum Iuliacense generaliter de successionibus loquatur, neq; in totũ derogat iuri naturali, sitq; correctorium Iuris cõmunis, siue æquum, siue iniquum fuerit, seruandum erit, quia ita lex scripta est. *d. l. perspexit DD. vbi. sup.* Et per consequens, dicendum videtur, actoris intentionem elisam esse.

16

Ego præmissis non obstantibus putarem, nos in terminis d. statuti non versari. Etenim locum illud non habere existimo in ijs hereditatibus, quę vtriusq; matrimonij liberis iure naturæ debentur, hoc est, ascendentium, quibus descendentes filij nepotes, pronepotes vt vlteriores etiam succedunt, non iure repræsẽtationis, sed iure proprio, ex persona propria, tanquam heredes aui & proaui, non suorum parentum, *per ea quæ sup. in hanc opin. induxi.* Mortuis enim parentib' sui heredes sunt auo vel proauo *d. l. si auus*, nulla habita ratione mancipationis aut patriæ potestatis, quæ nouiss. iure, quo ad ius succedendi, sublata est. *§. multũ auth. de hered. quæ inn. veniẽt. Bar. auth. ex causa C. liber. prætor.* Cæterum procedere puto d. statutum † in hereditate, quæ filijs primi matrimonij à pdicto cõiuge vel eius cõtemplatione obueniunt, iuxta æquissimã dispositionem. *l. fœmina. C. de secundis nupt.* Item in collateralibus successorib. legatis, fidei cõmissis, non vero, vt dixi, in hereditatibus directis, quæ iure naturæ vtriusq; matrimonij liberis, & viuis parentibus affectæ sunt. *l. in suis lib. & post. hoc. §. suc. inst. hered. qual. & diff.*

18

Non obstat, quod statutum nostrum expsse iuri communi derogat. Et ideò eam interpretationem non admittat, *per ea quæ sup. in 3. præmisso d. sunt.* quia accipiendũ est in acquisitis, constante matrimonio, was sie gewonnen vnd ererbt haben ex latere, in quibus omnibus vigore statuti secundarum nuptiarum liberi excluduntur, quod vtiq; iuri communi contrarium, quo æqualiter succedunt liberi in omnibus bonis propter dotem aut donationem propter nuptias parenti, qui ad secundas nuptias conuolauit. *§. nec illud quoq; Auth. qui nupt. item. §. si vero veniat. auth. neq; in quod ex dote.* Atq; si recte verba ponderentur statuti, hunc intellectum habent, sic. n. habet, *si parens ex diuersis nuptiis liberos habeat,* daß dieselb jhnen *de iuri communi* alle zugleich erben.

Notanda sunt verba jhm/ id est, patrem superstitem, mox subijcit huius iuris correctionem, vt scilicet no succedant ex statuto parenti ex æquo, sed secundum immemorialem consuetudinem in acquisitis bonis eius matrimonij, in quo nati sunt liberi, videlicet primi matrimonij in bonis immobilib. primi matrimonij. Secũdi matrimonij liberi in bonis acquisitis in eo matrimonio. Sufficit ergo, quod hoc nostrum statutum correctorium iuris communis, & exorbitans aliquid operetur, & effectum producat *d. c. cum contingat de cõsuetud. Natta in tract. statut. quæst. 4. n. 182.* Operatur autem satis in eo, quod filios diuersarũ nuptiarum ad successionem parentis ex æquo non admittat, sed distinctionem faciat temporis & acquisitionis. Itaq; verba statuti generalia Ererbt zugefallen/ intelligo de bonis prędefuncti coniugis, de collaterali successione, de legatis fidei commissis, & acquisitis bonis, constante primo matrimonio, quemadmodũ in simili interpretatur *Chas. rubr. 7. §. 10. n. 34.* Consuetudinem Burgundicam, quæ in genere de successionibus loquitur, (in tantas successiones) quia inquit, loquitur de successione collateralium, non de successione descendentiũ, quæ directæ dicuntur.

Atq; hanc interpretationem statuti declaratiuam iudicem posse facere certum est, prę-sertim si statutũ sit generale, & generaliter intellectũ sonaret in absurdum. *l. vt gradatim. §. 1. mun. & honor. & ibi gl.* verba igitur statuti generalia restringi debent ad id, quod est rationis, & interpretationem recipit per punctum rationis, vt inquit Ias. *l. non dubium n. 36.* Secundum exemplum ponit in generali statuto, quod homicidas punit: quia inquit intelligendum in eo, qui sine iusta causa homicidium commisit, & ibi plura exempla ponit. Eodem modo † verbum *HERES*, generaliter in statuto excludente fœminas dotatas positum, non intelligitur de omni herede ex testamento, vel ab intestato veniente, sed tantum de descendentibus, *Natta. tr. statutor. quæst. 4. nu. 126. 142. 160.* vnde si nõ extent descendentes fœminæ dotatæ, non obstante statuto, succedet: quia talia statuta sũt correctoria iuris communis & contra naturalem æquitatem. *l. maximum vitium. C. lib. præter.* Imò videtur inducere quodamodo exhereditationẽ. Nam † exclusio filiæ dicitur exhereditatio. *l. statutaria*, quæ legis exhereditatio æque odiosa † est, atq; hominis. *Bruno. tr. statut. art. 4. n. 2. arg. l. qui volebat. hered. inst.* Et ideò strictissime interpretari debent. *d. c. cum contingat consuet. d. l. 2. C. mox action.* Confirmantur superiora ex alio statuto eiusdem ordinat. mihi. pag. 72. vbi de success. descendentium disponitur secundum iuris communis regulas, à quo hoc nostrum interpretationem recipere debet, potissimum cum generale, & in alio casu, cum effectu verificari possit. Nam sequẽs lex generaliter loquẽs, interpretationẽ recipit † à lege pcedente specialiter

19

20

21

22

aliter loquente, idq; gratia contrarietatis correctionisque vitandæ. *gl. l. omnes. C. sine censu vel reliquis. &c. l. ob æs alienum. C. prædijs minor. Rom. cons. 119. nu. 12. cum seqq.* Quemadmodum enim leges legibus † ita statuta statutis ad concordiam reducenda sunt. *l. vn. C. in off. del. Anchor. cons. 6. n. 5. Alex. cons. 123. n. 11. cum seqq. vol. 4. Zas. l. triticum. n. 10. v. obl.*

23

Non obstant igitur, quæ supra in præmissis in contrarium adducta sunt, quia statutum etiam † correctorium iuris communis, ita semper intelligi debet, vt quantum fieri possit, minus corrigat ius commune *d. c. cum dilectus.* Maximè quando statuti verba sunt generalia, & generaliter intellecta sonant absurdum. *d. l. 2. C. no. act. Alex. cons. 107. nu. 4. vol. 5. l. quæro. ll.* Ideo strictissime interpretanda sunt. *gl. not. c. statutum. de præbend. lib. 6. Curt. seni. cons. 25. nu. 15. Soc. cons. 31. nu. 1. vol. 1. & cons. 61. n. 8. eod. vol.* Quemadmodum paulo ante de interpretatione statutorum fœminas excludentium dictum est.

24

Et hæc potissimum obtinent in nostro casu, vbi de damno vitando certatur, & de ratione statuti non apparet, quia † tunc statuta strictissimam accipiunt interpretationem, ne quis indebite damnum patiatur. *d. l. 2. C. nox. art. l. fin. §. in computationem iur. delib.* Debent enim sic interpretari, ne possint † à sapiente reprehendi. *l. Saluius Aristolog. præstand. Soc. cons. 54. vol. 1.* & summatim dicam ita semper interpretanda, vt euitetur iniquitas aut absurditas, aut læsio iuris tertij. *Alex. d. cons. 101. num. 15. vol. 3. Natta. d. tr. quæst. 4. nu. 147.* Non obstat d. l. *prospexit.* quia loquitur de lucro captando, nam serui ibi amittunt lucrum libertatis, idque non in perpetuum, sed tantum ad tempus *vt ibid. in gl.* At nos sumus hic in casu vbi de damno vitando certatur, & agitur de præiudicio tertij, quo casu interpretatio ita facienda, vt quantum fieri possit, minus lædatur ius commune. *per ea quæ supra late deducta sunt.* Ita singulariter limitat, *d. l. prospexit. Ias. d. l. non dubium. nu. 13. C. ll.*

25 26

Non obstat vltimo, quod Catharina post Vuonem è viuis excesserit, quia ex præd. concludo, non obstante statuto ius commune in nostro casu locum habere, ideoq; institutam actionem elisam non esse, sed in fauorem appellantis pronũciandum, & litigiosæ villæ coheredem in genere declarandum compensatis expensis. Conclusum fuit maioribus votis contra me, quoad interpretationem statuti illud generaliter intelligendum. Non est tamen definitiue pronunciatum, sed tantum interlocutorie, & probatio alterius cuiusdam consuetudinis eiusdem loci iniuncta.

DECAS IV. VOTVM IV.

In Caussa Schultheiß vnndt Gericht zu Griedel / *Contra* Herman von Melammen.

In puncto appellationis & gravaminum admissorum.

IN NOMINE Domini. Amen.

SVBMISSVM super admissione grauaminum. Vidẽdum igitur primo de exceptionibus appellatorum, deinde de replicis appellantium. Duas potissimum exceptiones opponunt appellati.

I. Quod à sententia siue laudo arbitri appellari non possit. II. Quod appellantes priora omnia articularunt, contra ius commune, & ordinat. Imperij. Quoad primam exceptionem notum est, in iure multa esse genera arbitrorum, prout declarat. gl. *in l. societatem. §. arbitrorum verbo arbitrorum pro socio. Panor. c. cum dilectus 17. arbitr. & c. Quinta vallis de iureiur.* à quibus etiam appellari potest. *gl. & dd. vbi supra,* sed in præsenti tractandum de arbitris conuentionalibus, qui ex partium consensu recepti sunt, de quibus proprie loquuntur. t. ff. t. C. de *recept. arbitr.* an scilicet à sententijs talium arbitrorum appellari possit. Communis & vera conclusio est, quod non possit appellari. *l. 1. C. nec arbr. l. non distinguamus. §. cum quidem vers. & idem eod. c. à iudicibus 2. q. 6.* Nam siue æquum siue iniquum sit arbitrium, parendum est, *text. d. § arbitretur. l. diem proferre. §. stari. h. t.* Et hoc adeo quidem verum est, vt ne partium quidem conuentione à sententia arbitri appellari possit. *Spec. de appel. §. in quibus. num. 16.* Huius conclusionis rationes sunt, quia ex sententia arbitrorum non actio vel exceptio, quæ alias ex re iudicata oriri solet, procedit. *Castr. Bartol. gl. & communiter dd. l. 1. C. eod.* Vnde non est opus appellatione: quia eo ipso quod contradicit intra 10. dies, laudum non potest in rem iudicatam transire,

& sic non est processus appellationis necessarius, quia sola contradictio suum trahit effectum, ita quod amplior effectus non possit haberi per Iudicem, ad quem verba sunt. *Bald. in d. l. 1. n. 3. C. rer. arbit.* Secunda ratio est, quia compromittendo in arbitrium, qui iuris ordinem seruare tenetur, contemnit iudicem ordinarium, ad quem semoto compromisso pertinebat iurisdictio. *l. litigatores in pr. arbitr.* Vnde si læsus est, sibi imputare debet, quod omisso ordinario iudice, à quo appellare potuisset, in arbitrium compromiserit. *d. l. diem proferre. §. stari eod. Pulchre Bart. d. §. arbitrorum. n. 33. vbi hoc singulariter explicat.* Tertia ratio est quia arbitrium potissimum sumitur, vt sit litium finis. *l. 1. rer. arbitr.* Cum igitur in psenti versemur in arbitris receptis, cõcludo ab eorũ sententia vel laudo appellari nõ posse.

Quoad alteram exceptionem quid sentiam infra dicam.

Videndum igitur de replicis appellantium. Nihil vero allegatum, quod prædictis obstare posset. Nam, quod replicatur, compromissum neminem obligare, nisi fuerit adiectione pœnæ vel iuriiurandi vallatum, impertinens est. Nam si compromissum est factum nudo pacto, sine pœnæ stipulatione, tunc, vt sententia arbitri executioni mandari possit, requiritur homologatio expressa vel tacita, per lapsum 10. dierum. *d. l. cum autem. C. rer. arbitr. vbi latiss. Bartol. & communiter Dd.* Ante homologationem non oritur actio vel exceptio, ex sententia arbitri. *d. l. 1. C. eod.* sed post actio in factum, non secus atq; ex qualibet sententia iudicis ordinarij. *gl. d. l. 1. verbo actio. Dd. ibid. Panor. c. per tuas nu. 8. extra eod.* Si vero cum stipulatione pœnæ, vel sola stipulatione, sine pœna compromissum sit, tum non est opus homologatione. Sed si pars conuenerit, agitur ad pœnam, si quæ adiecta fuit, vel ad interesse, si sola stipulatio interuenit. *d. l. 1. C. eod. t. Bartol. d. l. cum autem n. 2. Mar. p. 16. & de appel. nu. 251. & seqq. Pan. d. c. per tuas nu. 10. 11. & 15.* Et est ratio diuersitatis, quia quando pœna est apposita vel stipulatio, per prouisionem hominis receditur à prouisione legis *l. cum ante.* Prouisio enim hominis facit cessare prouisionem legis. *Bart. vbi supra nu. 10.* Imo hodie de iure Canonico ex compromisso nude celebrato sine stipulatione, vel pœna agitur ad interesse, q͞a eo iure ex nudo pacto orit͞ actio. *c. de pact. Pan. vbi supra nu. 8. Mar. vbi supra.* Præterea nõ existimo hoc nostrum compromissum omnino nudum esse, cum habeat sigillum superioris, scilicet Episcopi Argent. & in ipsius præsentia factum sit. Sed vtut sit, parum refert in proposito, vtrum sit nudum compromissum, an pœnæ adiectione vel stipulatione vallatum. Nam iura supra alleg. sine distinctione loquuntur, quod sc. à sententia arbitri appellari non possit. *d. l. 1. C. de arbitr.* Quæ quidem communis conclusio eo magis in hoc casu nostro obtinere debet, quod compromisso inserta sit clausula, *Remota omni appellatione & reductione*, quæ quidem clausula, licet parum operetur in casibus, in quibus nõ potest appellari, quia tunc non cadit proprie renunciatio appellationis. *Pan. d. c. cum dilectus. nu. 19. Arbr.* tamen in proposito voluntatis significationem auget, quod scilicet partes omnino arbitri laudostare voluerunt. Quod maxime procedit, quando nulla euidens iniqtas apparet, quæ si appareret, indistincte non tenet renunciatio, quia dolo futuro nemo renunciare potest. *l. 7 §. si paciscar. pact. Bert. d. §. arbitror. Dyn. c. scient. R. Iur. n. 6. Cynus d. l. cum. C. arbitr. vital. de compa. tr. clausul. c. an reductioni renunciari possit, per tot. vbi hanc quæstionem ad longum tractat, in his fol. 629. & vide Dd. locis alleg.* In casibus vero, vbi à sententia arbitri appellari potest, valet renunciatio appellationis, vt in sententia arbitri iuris, vel quando actio ex sentẽtia arbitri cõpetit: non aliter, atq; valet renunciatio appellationis à sententia iudicis ordinarij. *l. fin. C. temp. appell. Pan. c. cum dilectus. nu. 19.* reliqua in allegatis replicis adducta ad causam principalem spectant, sc. actores intentionem suam sufficienter probasse per testes & instrumenta, potissimum Dinckhoffs instrumentum, ad quod se refert. Vidend. igitur, an aliqua nullitas vel enormis læsio deducta sit. Prædicta enim communis conclusio, quod à sententia arbitri non possit appellari, suas habet in iure exceptiones, quarum prima est, si laudum contineat manifestam iniquitatem vel enormissimam læsionem. Nam tum per viam cuiusdam reclamationis retractari potest, & sic per officij iudicis implorationem. *Pan. d. c. cum dilectus. n. 17. vers. qui dam. sunt arbitr. Soc. in fall. reg. 17. vbi 13. fall. ponit. Panor. c. 2. arbitr. Mar. p. 6. Appel. nu. 255.* Item prædicto casu datur exceptio doli, quæ etiam in executione opponi potest. *l. non distinguemus. §. cum quidam, vbi gl. verbo. species. Pan. c. 2. nu. 14. l. arbitrorum C. eod.* Et talis exceptio doli, habetur instar appellationis. *d. §. cum quidam.*

Nam per viam istius exceptionis potest haberi recursus ad iudicem, qui cognita iniquitate manifesta poterit laudũ retractare. *Mar. vbi sup. n. 255. Paris. cõs. 45. p. 1. de nullitate laudi.*

Iam ad propositũ. In libello appellationis & grauaminib. allegatur quidem nullitas & antiquitas laudi, sed in specie ea non deducitur, sed ad hoc vt reclamationi & exceptioni doli, quæ instar appellationis est, locus sit, non sufficit allegare iniquitatem aut enormissimã læsionẽ. Verum euidens, notoria & manifesta esse debet, nec sufficit etiã adferre ꝓbationem enormissimæ læsionis aut iniqtatis, ꝙ tamen

hic

hic quoq; factū nō est. Et si factum esset, non deberet admitti, q̄a notoria euidēs & manifesta iniqtas esse debet. *Pan. d. c. cū dilect. n. 17. vers. 1. casu.* Quod adeo verū est, vt ne de iure quidem Canonico admitti debeat ad probandum iniquitatem. *Panor. vbi supra.* licet alias eo iure à sententia arbitri appellari possit, *vt voluit gl. sing. c. à iudicibus 2. q. 65. Bald. d. l. 1. C. arbitr. Soc. in fall. d. reg 17.* Quia illud accipiendum putat Panor. *vbi supra* quando constat de euidenti iniquitate. Secus si non constet. Sed pars afferat se ad probandum. Nam tunc non debet admitti, etiam de iure Canonico. Rationem tradit, quia remedia rigorosa introducta, vt finis imponatur litibus, habent etiam locum de iure Canonico, quod ibid. latius exemplis declarat & confirmat.

Praeterea in actis, quae notorium inducunt. *Alex. cons. 106. nu. 27. vol. 3.* nullam inuenio nullitatem, nihil contra compromissum, nihil contra personas arbitratum dictum vel dici potest, omnia sunt rite peracta. Constat arbitros partium hinc inde attestationes recepisse & publicasse, loca litigiosa vidisse, in rem praesentem iuisse, & demum facta conclusione, ex actis & actitatis sententiam dixisse. Et quātum ego ex summaria actorum relectione colligere possum, videntur mihi appellati defensionales, suos p̄sertim 3. art. qui fines litigiosas describit. Item 4. & 8. art. optime, & fere per omnes testes probasse contra appellantes positionales, suos non ita firmiter probant. Nam pauciores produxerunt testes, eosq; ex quatuordecim viris, qui ipsi actores sunt.

Porro dato etiam, iniquitatem notoriam allegatam & probatam, vt appellationi locus esse possit, tamen ad Cameram immediate appellari nō potuit. Nam communis est Doctorum conclusio, quod reductio ad arbitrium boni viri petenda sit coram ordinario rei, qui causae eius, cuius petitur reductio, ordinarius est Iudex, & qui eius cognitionem, semoto compromisso, iure habebat, siue reus, siue actor petat reductionem. *l. 2. C. vbi & apud quem.* &c. Hanc conclusionem tradit Bartol. *d. l. societatem §. arbitr. pro socio. Alex.* qui eam communem dicit, *cons. 131. num. 1. vol. 2. & ibi Molin. Couarr. var. resol lib. 2. cap. 12.* & sic in Cam. iudicatum memini.

Contrarium scilicet quod coram ordinario laudantis, non vero partis inductio petenda sit, tenet Ang. *l. si suspecta. §. fin. nu. 2. inoff. test. sequitur Rom. cons. 265. Affl. decis. 51.* Et sane habet ea opinio pulchras rationes, de quibus Ram. olim supra vtramq; refert. Mar. *p. 6. de appell. num. 114.* Sed concluditur cum Bart. tanquam communi. Sed in hoc nostro casu parum refert, vtra harum opinionum sit verior, quia illud cōstat secundum vtrā quamlibet opinionem, causam hanc reductionis immediate huc non pertinere, cum habeat d. Episcopum Argentinensem mediatum Iudicem & ordinarium. In puncto iuris Bart. opin. in iudicando tanquam communem amplecterer, propter praeiudicatum in Cam. vt dixi. Cum igitur iure communi & ordinatione cautum sit, quod omisso medio ad superiorem appellari non possit, concluderem si res integra esset, appellationem non esse deuolutam, atq; ita pronunciarem cum refusione expensarū, sed quia appellati super libello summario litē contestati sunt, & sic iurisdictionē nostrā tacite prorogarunt. *gl. & Dd. l. si conuenerit iurisdictio om. iud.* Exceptio autem declinatoria ante litis contestationem opponi debet, post non admittitur *l. fin. c. except.* Videndum de altera appellati exceptione, an videlicet reiectis grauaminibus, caussa pro conclusa acceptari, & definitiue pronunciari possit. Nam propter voluntariam litis contestationem dictae exceptioni non attenderem. Collatis positionalibus cum grauaminibus Cam. nihil noui, sed omnia priora articulari constabit, id quod in ordinat. prohibitum est, *p. 3. nu. 33. §. pen. & etiam iure communi. l. ampliorem. §. in refutatorijs. C. appellat.* Quod enim semel capitulatum est, non est amplius capitulandum & quod semel interrogatum, non est amplius interrogandum. Et ideo si responsum sit in prima instantia, caussae capitulis, & eadem capitula ponantur, rursus 2. instantiae, ille qui non vult de nouo respondere, pro confesso non habetur, quia semel respondendo satisfactū est legis madato. Verba sunt Bald. *d. l. ampliorem. §. in refutatoriis. per ill. text.* Nam huiusmodi articuli videntur captiosi propter metum periurij, si forte aliter responderent, quam prius *gl. sing. l. 2. §. quod observari, vers. existimat C. iuram. calum. & ibi Bald. num. 15.* vbi etiam hanc rationem reddit, quia inquit potest dicere supra esse responsum, quemadmodum fecit Scaeuola ICtus. *l. fundi Ebutiani in f. vsu & vsufr. leg.* Sed breuiter concludo, hanc postremam exceptionem obstare, eoq; se ad vlteriorem probationem negatorum offerant, & non probatum probare, non deductum deducere velint ex beneficio *l. per hanc. C. de temp. appell.*

Preterea quia agitur de re maximi momenti, scilicet de iure pascendi, lignandi, agendi, glande legenda.

Itaque concludo grauamina non obstantibus exceptionibus ad proband. admittenda esse. Saluo &c. variantibus sententijs propter deductas exceptiones non deuolutae appellationis tandem in eadem sententia omnes concluserunt, scilicet esse admittenda.

Sententia.

IN Sachen Schultheiß vnnd Gericht zu Griedel Appellanten/ gegen vnnd wieder Herman von Melammen/ seyn die Grauamina den N. Tag einkommen/ beschehener Eintredt vnuerhindert/ Saluo iure impertinent. & non admittendorum zu beweißen hiermit zugelassen. Comp. exp.

DECAS IV. VOTVM V.

In Caussa Leffelholtz Appellanten/

Contra

Niclaß vnndt Leonhardt von der Stadt.

De desertione Appellationis, & eius effectu, & eius impedimentis.

SVMMARIA.

1 *Appellatio quando deserta dicatur.*
2 *Tractatus solus concordia non impedit cursum fatalium.*

IN NOMINE Domini. Amen.

IVRIS & ordinationis est, vt fatalia incipiāt currere à die interpositæ appellationis. *Clem. sicut de Appellat. c. quamdiu. c. concertationi. Eod. t. in 6. auth. si quis ibi, dd. de appellat. t. & ordin. §. 1. t. 30. p. 3.* quibus † elapsis appellatio dicitur deserta, & idem est, ac si non esset appellatum. *Affl. decis. 78. num. 2.* Quod adeo verum est, vt non sit necesse super desertione pronunciare, per ea quæ tradit *Bald. l. eos. num. 5. C. appel. l. Francus. c. ex ratione. nu. 72. eod. t.* Ratio est, quia vltimo die parti est ius quæsitum. *l. 1. vbi gl. de appellat. d. Clem. sicut.* Item iudex esse desijt, eo, quod vltimo die sententia transiuit in rem iudicatam. *Castr. d l. eos. Canon. d. c. ex ratione ibi Francus.* Item per desertionem finitur instantia iudicij, sed processus fundatus super instantia deserta non valet. *l properandū. C. iudic. fac. d. Clem. sicut de appellat.* Videndum igitur, an deserta sit appellatio, computatis iuxta ordinationem 30. diebus: pro quolibet mense?

Patet, appellationem desertam esse, quare breuitatis gratia cōcludo, exceptionem desertionis probatam esse. Hanc desertionem appellans excusare, & formalia appellationis iustificare contendit, idque tribus potissimum fundamentis.

I. Quod post appellationem interpositam, partes aliquamdiu in tractatu concordiæ fuerint.

II. Quod tempus introducendæ appellationis, non à die latæ sententiæ, sed responsionis apostolorum, computandum sit.

III. Quod appellans sit Rusticus & pauper.

Quoad primum fundamentum, illud non releuat, quia solus tractatus † concordiæ, non impedit cursum fatalium, sed compromissum. *Clem. diu. appellat. auth. si tantum. C. temp. appel. Panor. c. ex ratione. num. 7. appel.* Sic in simili tractatus circa aliquem contractum habitus, non inducit ius alicuius obligationis ipsorum tractantium, donec res ipsa formata & approbata fuerit. Multa enim dicuntur & tractantur, quæ postea non fiunt. *Alex. cons. 28. vol. 1. nu. 1.*

Secundum fundamentum similiter nō subsistit, sed de iure communi & ordinationis falsissimū est, per iura supra dicta, quæ aperte cōtrarium statuunt, quod, scilicet, à tempore interpositæ appellationis incipiunt currere fatalia introducendæ appellationis. *d. Clem. sicut. & auth. si tamen.*

Tertium, paupertatis, scilicet, illud quidem releuat, si de paupertate apud acta rite constaret. Nam pauperi non currunt fatalia prosequendæ appellationis. *Fel. c. si qui testium. num. 10. test. Panorm. d. c. ex ratione. num. 5. de appellat.* Sed hic nunquam de paupertate cōstat, & processus non in forma paupertatis, sed communi extracti sunt. Ideo pro desertione pronunciandum est.

Concludo.

DEC.

DEC. IV. VOTVM VI.

In Caussa Hern Otto von Steinfelß/ *Contra* Die Fuchsen von Rechenbach.

Nullitatis circa defectum Iurisdictionis.

SVMMARIA.

1. *An prioris instantiæ iudices aliquam iurisdictionem habuerint, nec ne.*
2. *Priuatorum consensus nullam tribuit iurisdictionem non habenti.*
3. *Vbi nulla est iurisdictio, nulla cadit prorogatio.*
4. *Defectus iurisdictionis sententiam ipso iure reddit nullam.*
5. *Exceptio deficientis iurisdict. perpetuo opponi potest.*
6. *Paria sunt non appellare & appellationem nō prosequi.*
7. *Sicut error non habet consensum, ita neq; consensus & scientia errorem.*
8. *Scienti & consentienti nulla fit iniuria.*
9. *Quilibet potest fauori pro se introducto renuntiare.*
10. *Si iudex pronuntiat, vt talis, cum talis non sit, sententia eius nullo pacto valet.*
11. *Idem est in ordinario, qui per errorem iudicat.*
12. *Sententia per errorem à iudice lata ex partium consensu valere potest, vt pactum, & in vim cuiusdam contractus, qui in sententia continetur.*
13. *In supremo Consistorio magis æquitatis, quam rigoris ratio haberi solet.*
14. *Vbi lex nō distinguit, nec nos distinguere debemus.*
15. *Sententia lata per ordinarium, qui per errorē iudicat, vt delegatus, est nulla.* *Intellige, si cum errore iudicis concurrat etiam error partium ibid.*
16. *Secus, si ipsæ partes intendant vti iudice extraordinario, & ita putent eum procedere.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVANTVM ad nullitatē iurisdictionis attinet, inprimis & ante omnia considerandum venit, An prioris † instantiæ iudices aliquam iurisdictionē habuerint, nec ne; aliàs enim frustra de partium prorogatione disputaremus, si constaret, ipsos omni planè iurisdictione destitutos, & mere priuatos fuisse. Priuatorum enim consensus † nullam tribuit iurisdictionem non habenti. *l. priuatorum. C. iurisd. om. iud.* Cum iurisdictio sit publici iuris, & de publico introducta *l. 1. §. publicum de inst. & iur. gl. l. 1. iurisd. om. iud.* vbi igitur nulla † est iurisdictio, vt in priuato nulla cadit prorogatio, quia quod non est, prorogari non potest. *l. sed etsi manente. de precario. d. l. priuatorum. C. de iurisd. om. ind. Ias. l per errorem. Eod. Cyn. l. quis ex consensu. num. 10. C. Episc. audient.* Vnde sequitur, quod talis defectus † iurisdictionis, *de quo late Vant. & de nullitat. sent. ex def. iurisd.* Sententiam reddat ipso iure nullam *l. 1. §. hac autem verba, quod quisque iuris &c. t. 1. & ibi Bart. C. possidere iud. & t. t. C. si autem non comp. iud.* Iudicatum enim dici nō potest ab eo, qui iuris dicendi potestatem non habet *d. l. 1. §. hac autem verba. l. 2. §. 1. in fin. Poren.* Quapropter perpetuo † etiam huiusmodi exceptio deficientis iurisdictionis opponi potest. *gl. Clem. 1. sequestrat. poss. Dec. cons. 686. num. 24. Soc. cons. 46. num. 42. vol. 4. & cons. 83. eod. vol.* non obstantibus tribus sententijs conformibus, si euidenter de nullitate sententiæ ex actis constet. *Alex. cons. 77. vol. 2. num. 11.* Itaque in præsenti ante omnia (vt dixi) de iudicantium potestate & qualitate nobis constare debet. Et omissis ambagibus breuiter concludo, cum Domino Refer. contra Correfer. illos iurisdictionem saltem delegatam habuisse. Princeps enim Steinfelsiæ, in quo ordinaria residet iurisdictio, concessit & transtulit in eos iurisdictionem delegatam, quoad cognitionē & decisionem eius caussæ. Idq; principem facere potuisse plane non dubito, per ea, quæ Dominus Referens de principum potestate & consuetudine Germaniæ adduxit, quibus pro confirmatione addo Zas. *cons. 1. nu. 2. cum seqq. vol. 2.*

Princeps, vt Comites, in ipsorum territorio, tantum possunt, quantum Imperator in Imperio. Et quia de iure princeps in propria caussa iudex esse potest. *Ias. l. receptum. n. 5. iurisd. om. ind.* multo magis alios delegatos substituere, & se eorum cognitioni subijcere potest. Et hanc esse receptam Germaniæ cōsuetudinem in principum vbique auis notum est, id quod expressim etiam adserere videtur Zas. *l. qui iurisd. num. 23. iurisd om. ind.* dum dicit, notissimam esse Germaniæ consuetudinem, quod principes possunt iudicare in caussa propria per suos consiliarios. Allegat ad hoc

c.1. in f. gl. pœn. Et ita apud Ducē Iuliæ receptū esse scio, siue ipse agat, siue conueniatur à suis subditis. Imo hoc amplius dici posset, quod ordinariam quoq; iurisdictionem habuerint, *per ea quæ tradit Zas. l. mora. n. 13. Iurisd. om. iud.*

Illo igitur pro fundamento præsupposito, nimirum, quod iudices saltem delegati fuerint, & per consequens aliquam Iurisdictionem habuerint, videndum erit de partium prorogatione. Et premisso, delegatā iurisdictionē saltem de iure ciuili prorogari posse. *l. 1. & 2. §. sed si index indic. Cyn. l. si qui ex consensu. n. 12. C. Epis. audient.* Constat ex actis, reos iurisdictionem iudicum prioris instantiæ multipliciter prorogasse. I. Quod à sententia competentiæ in effectu non appellarint. Quia 6 paria sunt † non appellare, & appellationem non prosequi. *Clem. sicut de appel.* sed litem super libello actoris negatiue contestati sunt. II. Quia in toto vbiq; processu cum expressa omnium ratificatione identidem petierunt, vt in principali caussa procederetur. III. Quia concluserunt in caussa & post conclusionem sententię publicationem petierunt, ex quibus vbiq; euidēter apparet, quod in iurisdictionē eorum consenserint.

Non obstat igitur. *d. l. si per errorem.* Quia 7 sicut † error non habet consensum, ita neq; consensus & scientia errorem. Atqui Rei sciuerunt, illos incompetentes vigore ordinationis esse, & exceptiones fori declinatorias ad eum effectum ante litis contestationem exhibuerunt, quibus tacite per sententiam reiectis, scientes prudētesq; in caussa vsq; ad conclusionem processerunt. Allegare igitur erro-8 rem non possunt, eo quod † scienti & consen-9 tienti nulla fiat iniuria. Et † quilibet possit fauori, pro se introducto renunciare, *iurib. vulg.* Maxime, si huiusmodi scientia ab initio interuenerit, hoc est ante litis contestationem, quo casu non posset etiam postea pœnitere, *secundum communem opin. Dd. in l. si conuenerit Iurisd. om. iud. Soc. c. significasti. n. 4. 9. for. comp. l. nemo plus, vbi gl. & Cagn. R. Iur.*

Simili ratione non obstat. *l. priuatorum. C. Iurisd. om. iud.* quia pro fundamento, *vt dixi*, præsupposito, iudices prioris instantiæ saltem delegatam iurisdictionem habuisse à principe, qui proculdubio delegandi potestatem habet. Cum omnis ordinaria iurisdictio in ipso resideat, eamque delegatam iurisdictionem Rei hoc pacto prorogare potuerunt, *per iura supra allegata.* Ideoq; non existimo obstare doctrinam *Soc. ad rubr. de foro comp. n. 16. vers. quia. & aliorum in d. l. priuatorum & d. l. si per errorem.* quia loquuntur de eo, qui funditus & omnino iurisdictione caret.

Cæterum illud vehementer me mouet, quod sentētiā dixerunt iudices, addita qualitate illa, wir die niedergesetzte vnd vermöge des Friedens angenommen Richter vnd Räthe / cū tales iudices nō fuerint, aut etiā esse potuerint per ea quæ D. Corref. late deduxit. Iuris n. est notiss. si † iudex 10 pronunciat, vt talis, cū talis nō sit, sententiā ei' nullo pacto valere. *c. cū sup. off. deleg. Alex. d. l. si per errorē iurisd. om. iud. Fel. c. cū ex officij. n. 25. præscript.* Queadmodū in simili DD. tradūt in ordina-11 rio † qui per errorē iudicat, vt delegatus. Nā eius sentētia, licet alias iurisdict. habeat, non valet. *Bart. l. 1. C. qui pro sua iurisdict. n. 3. & ibi Cyn. n. 2. Castr. l. si per errorē. n. 5. vbi communiter Legistæ. Fel. d. c. cū ex officij. n. 25. & ibid. Canō. gl. c. ex literis. off. deleg.* Rationem tradūt, quia quod voluit, no potuit, & quod potuit nō voluit, *arg. l. quoties hereditatib. Instit. gl. c. consuluit. off. deleg. Fel. d. c. cum ex officij.* Idq; adeo verū est, vt ne partium quidem cōsensu validari queat talis sentētia, *vt sentiunt Dd. l. expressim appel. d. l. priuatorum. Bart. l. vn. C. qui pro sua iurisdict.* licet ex 12 partium † cōsensu valere posset, vt pactū & in vim cuiusdā cōtractus, qui in sentētia cōtinet. *l. 2. C. com. vtriusq; iud. & ibi gl. & communiter Dd. Bart. d. l. vn.*

Cū igitur in præsenti casu ipsi cōsiliarij pronunciauerunt, vt iudices secundū imperij cōstitutionem alß niedergesetzte Richter / & tales non fuerunt, dicendum partium consensum iurisdict. eorū prorogantiū nullius esse pōderis aut momēti, sed sententiā ipso iure nullam, per ea quæ D. Corref. in hanc opinionē adduxit. In quam opin. & ego descenderem stricta iuris ratione, sed in contrarium me mouet supremi huius Cōsistorij auctoritas, in quo magis æqui-13 tatis, quam vigoris ratio haberi solet, vt lites dirimantur, potissimū quādo iudex de meritis caussæ plenissime informat' est, vt hoc nostro casu, id quod ordinatio imperij requirit. *t. 34. p. 3. ordinat.* & ius commune confirmat. Corā principe enim magis habet locum veritas, quā ritus iudiciorum. Ita inquit Bald. *l. rescripta. C. precibus Imp. offer. & ad hoc est text. not. c. ad petitionem ext. de accusat. Bald. c. 1. §. inuestitura. n. 3. de noua for. fidel. in vsu feudor.* vbi inquit, imperatorem sola veritate inspecta cognoscere & sententiam proferre debere. *fac. l. si fideiussor. §. quidam in gl. Mand.* Et ordinatio de nullitate in genere loquitur. Igitur generaliter intelligēda venit de quacūq; nullitate. Nam vbi lex nō 14 distinguit, nec nos distinguere debemus. *vulg. l. de pcio. publi. & vectigal. Specul. iud. deleg. §. fin. n. 20.* Itaq; siue sit nullitas processus siue iurisdictionis, dummodo de meritis caussæ plene cōstet, curari & attendi non debet.

Verba ordinat. sic habent, vnd so dem Cammer Richter vnd Beysitzer solche Angezogene rc. sed hæc nullitas nihil ad caussam principalem pertinet, ideo etiam non debet secundum mētem ordinationis attendi, ponderando verba andere Vnformlichkeit / quæ verba vtique de nullitate in genere loquuntur.

Porro

Porro pro confirmatione istorũ adduco etiam ius commune, & primo doctrinã Felini *d. c. cum ex officij. nu. 21.* vbi intelligit supra dictã 15 regulam, sententiam, scilicet, latam per † ordinarium, qui per errorem iudicat vt delegatus, esse nullam, intelligit inquam procedere, si cũ errore iudicis concurrat etiam error partium; secus si ipse partes intendant vti iudice extraordinario, & ita putent eum procedere, quod sane in nostro casu factum est, & hæc doctrina optime probatur. *l. 2. §. 1. vers. proinde. indic.* quam sequuntur Fulgos. Bald. & alij *loc. alleg. per Fel. d. c. cum ex officij* facit quod tradit Angl. *d. l. 2. §. si iudex. n. 2.* vbi sic inquit: Regula est, quæ nunquam falli, quod quando iudex ignorat, se penitus iurisdictionem habere, nihil valet, quod agitur coram eo, secus est, quando scit se habere, licet dubitetur, an super has personas, an super hos casus. Et ita est veritas inquit. Idem *in d. l. 2. §. 1. nu. 2.* per illum text. inquit, putans se habere iurisdicti. ex vno capite, & eã non habet, sed habet ex alio, si pcedat ex capite incõpetenti, non vitiatur processus. Adde pro confirmatione istorum quæ tradit Alc. *in tr. præsumpt. Reg. 3. præsumpt. 35. per tot.*

Nunc ad casum nostrum, quia priores iudices sciuerunt se habere iurisdictionem ex cõcessione principis propter notissimam: *vt inquit Zas. d. l. qui iurisdict.* Germaniæ consuetudinem, licet illam secundum Imperij ordinationem & constitutionem non habuerunt, & sic ex capite incompetenti processerint, valere debet processus, maxime accedente partium consensu. *d. l. 2. §. 1. vers. proinde.* Hoc amplius, inspecta allegata Germaniæ consuetudine, dici posset, eos etiam iudices secundum Imperij ordinat. per *text. ordinat. §. fin. t. 6. p. 2.* vbi singulis principibus priuilegia sua & speciales consuetudines expresse reseruãtur; verba sunt hæc, doch einem jeden Churfürst oder Fürstmessigen ɛc.

Quapropter cum ex cõsuetudine Steinfelsiæ princeps suos subditos coram consiliarijs conuenire possit, secundum ordinat. Iudices fuisse videntur. *per text. ordin. d. §. fin.* Et ideo diligenter expendendum venit, quid in hoc puncto nullitatis (à partibus nunquam in cõtrouersiam vocato) statuere velimus, & adeò ipsi Ottoni præiudiciali, vt citius eius puncti nomine, quam caussæ principalis reuisionem petiturus sit, maxime si omnia acta & actitata, & ipsam denique sententiam cassare & annullare velimus, & partibus ex officio iniungere, vt de nouo procedant, id quod omnio fieri debet in hoc casu, quando propter iurisdict. defectum processus cassantur, ita quod cautela & processus. *Bart. l. mutari. nu. 3. procurat. & in l. properand. n. 5. C. iudicijs.* locum non habeat videlicet, quod actu omnia repeti & reuocari possint omnes termini toti⁹ processus, quia loquitur Bart. de nullitate ob defectum processus.

Pronunciandũ igitur foret simpliciter, sententiam non valere, saluo iure iterum agendi. *text. & ibi gl. & Panorm. c. dilecti empt. & vend. Mar. p. 5. n. 51. cum alleg. ibid. Bart. l. si expressim. n. 1. appellat.*

Atq; hæc via an tutior sit, dominis bene deliberandum relinquo. Mihi videtur quod tutior via sit, si in ipsa principali caussa pronunciemus.

Et hanc sententiam etiam in reuisione defendi posse, non attento, quod exceptio nullitatis propter defectũ iurisdictionis perpetuo opponi possit, existimo, tum propter summi Consistorij excellentiam & dignitatem, tum propter principalis caussæ plenissimam informationem. Quare concludo, non attenta nullitate in principali, pronunciandum esse.

Et ita tandem maioribus votis conclusum fuit.

DEC. IV. VOTVM VII.

In Caussa Hern Otto von Steinfelß/
Contra
Die Fuchsen von Rechenbach/ in caussa principali.

Inuestituræ posteriores an derogent prioribus.

SVMMARIA.

1 *Voluntatis mutatio non præsumitur, nisi probetur ab eo, qui conuenitur.*

2 *Contractus renouatus fieri videtur secundum formam prioris contractus, si de diuersitate non appareat.*

3 *Verba posterioris inuestituræ intelligẽda sunt secundum naturam præcedentis contractus.*

4 *Nemo sibi possessionis caussam mutare potest, nulla extrinsecus superueniente caussa iusta mutandi.*

5 *Euidenter apparere dicitur illud, quod apparet ex legitimis coniecturis.*

6 *Expressum illud dicitur non solum, quando verbis exprimitur, sed etiam quando euidentibus signis colligitur.*

7 *Casus omissus solet haberi pro omisso.*

8 *Principum beneficia latissime interpretanda.*
9 *Inuestiturae sequentes à praecedentibus interpretationem accipiunt.*
10 *Relatum est in referenti cum omnibus suis qualitatibus.*
11 *Illud quod ex relatione colligitur, dicitur verum esse & proprie.*
12 *Relatum iuxta referentis mentem accipiendum est.*
13 *in Referente plus esse nequit, quam referentis demonstrata voluntas continet.*
14 *Verba menti & non mens verbis deseruire debet.*
15 *Verba, vt deseruiant intentioni, impropriari debent.*
16 *Longe quod est à verisimili, falsitatis imaginem habet.*
17 *Clausula in principio, vel in medio, aut fine posita generaliter, ad omnia refertur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

PARVM referre puto in praesenti casu, qua actione actum sit. Mihi tamen magis placet cõtradictio ex legibus, seu moribus feudorum, vt D. Ref. Hac enim caussam feudalem existimo id, quod actor in 6. 7. & 8. art. ponendo & articulando fatetur. Neq; enim principaliter ex pacto de retrouendendo agitur, ex quo vel venditi vel praescriptis verbis actio nascitur. *lib. 2. Cod. pact. int. empt. & vend.* Sed de natura & feudi qualitate controuertitur, domino redi nente vigore primae inuestiturae hypothecam, vasallis purum rectumq; feudum ex tenore sequentium inuestiturarũ contendentib⁹. Nam prior obligatio hypothecaria, per posteriorẽ nouata, plane extincta, atq; in naturam feudi degenerantis translata est. Quare concludo, vt D. Referens, actum vt supra.

An probata?

COncludunt Domini Ref. actionem institutam plene probatam esse, idq; non solum inuestituris & reuersalibus, verum etiam Reorum confessione propria, quibus breuitatis causa adsentior.

An elisa?

CVm omnis Reorum defensio, adeoq; totius causae fundamentum in inuestitura Domini consistat, quae pure, simpliciter & sine aliqua pacti de retrouendendo commemoratione facta atque conuersa est, discutiendum diligenter ante omnia venit, an Otto Dominus Steinfelsiae per illam inuestituram & pactum reemẽdi remisisse videatur, nec ne?

Quaestio voluntatis est anceps, & admodum difficilis. Difficultatem facit, quod de expressa remissione in literis nihil constet, & voluntatis † mutatio non praesumatur, nisi probetur ab eo, qui conuenitur. *l. 3. probat. Affl. decis. 308. num. 11. cum alleg. ibid.* Item quod contractus † renouatus videatur fieri secundũ formam prioris contractus, si de diuersitate non appareat, censeanturq; omnia repetita. Item, quod † verba posterioris inuestiturae intelligenda sint secundum naturã praecedentis contractus. *Bartol. l. si mihi & Titio. nu. 7. verb. oblig.* quem sequitur *Dec. cons. 407. nu. 8. Alex. cons. 107. n. 14. lib. 4.* Huc pertinent quae à Domino Corref. doctissimè quod actoris fundata intentione adducta & allegata sunt, quibus pro confirmatione addo notissimi iuris regulam, *Neminem † sibi possessionis causam mutare posse nulla extrinsecus superueniente caussa iusta mutandi.* Adhac, necessariam esse voluntatis declarationem, constareq; debere, eum mutare velle. *Soc. cons. 131. nu. 4. vol. 1. Crauet. de antiqui. temp p. 4. verbo materia ista. nu. 111. fol. 219 fac. 2.* Quapropter nec rei, contradicente & opponente actore, & intentionem suam probatam habente, possunt sibi causam possessionis mutare, nisi remissionis voluntatem plenissime probent.

Istis tamen non obstantibus, videntur mihi rei aequitatem & ius scriptum pro se habere, per ea quae D. Ref. in hanc sententiam ad 2. 3. 4. & 5. Reorum argumenta in voto suo adduxit, & sufficienter voluntatis mutationem, quoad elidendã actoris intẽtionem probasse.

Nec obstant allegata in contrarium, Et Primo, mutationem voluntatis non praesumi, quia procedit nullo interueniente facto contrario, ex quo argui possit mutatio voluntatis, vel si de actu contrario non appareat. *Dec. l. pacta nouiss. n. 10. C. pact. Crauett. loco cita. nu. 115.* Sed hoc vtiq; factum ex interuallo interuenit, ex quo voluntatis mutatio argui possit, *vt infra dicetur,* id quod ad mutatae voluntatis probationem sufficit. Nam non solum voluntas euidens dicitur, quae expressa est, verum etiam quae per coniecturas colligitur. Et illud † dicitur euidenter apparere, quod apparet ex legitimis coniecturis, licet non fuerit expressum. *text. l. licet. in princ. leg. 1. & ibi Ias. n. 4. cum seq. fac. l. si locuple. matrimonium test. l. quidam testamentum vulg. & pupil. c. 2. cognat. Spec. Abb. c. licet. causam inf. probat.* Item † illud dicitur expressum, non solum quando verbis exprimitur, sed etiam quando euidentibus signis colligitur. *Ias. d. l licet Impr. nu. 10. in f. allegans. Bartol. l. Item quia in gl pact.* Item licet † casus omissus soleat haberi pro omisso. *l. commodissime liber. & posthu.* Tamen secus est, vbi ex aliqua coniectura potest haberi pro expresso. *l. fin. d. t. Bruno tract. statutor. art. 7. n. 4.*

Qua-

Quapropter cum ex præsumptionibus, signis & coniecturis, euidentia voluntatis colligi poterit, diligenter ex ordine inuestituræ literis B. C. & D. temporumq; interualla ponderanda sunt.

Et meo quidem iudicio ex ijs satis perspicue voluntatis mutatio arguitur.

Illud namq; in confesso est, & negari non potest, plus esse in inuestitura, siue literis gratiæ concessum, quam erat in præcedenti pridie facta: atq; si tali gratia contentus fuisset, frustra postero die eiusdem rei nomine tantū renouationem, recognitionem, aut continuationem, iam constituti feudi sine causa, & cū quadam molestia, à principe postulasset, obtinuissetq;. Nec dici potest, cum plures codices, vel exemplaria, aut transumpta facere voluisse, eo quod D. cum B. tanquam suo vero originali non per omnia conueniat. Necessario igitur infertur, plus in D. quam in B. erat, principem concedere voluisse per ea, quæ D. Ref. ad 4. reorum argumentum adduxit.

8 Fortissimum apud me argumentum est, principum beneficia quam latissime interpretanda † potissimum quando agitur de iure tantum, quod est solius principis, & in tertij alicuius præiudicium non vertitur. *per text. l. nec auus C. emancip. liber. & ibi Bald. l. cum filius fam. Testam. milit. l. impuberi adm. tutor. l. fin. const. princ.* Itaq; in præsenti ita facienda est interpretatio, vt princeps aliquid dedisse videatur: & magis contra dantem, quam accipientem. *arg. l. Labeo contr. empt. l. stipulatio ista. §. alteri, v. obl.* Plurimum etiam momenti habent verba in inuestitura vltima, litera D. nuhn fürbaß &c. Item seyn vnnd bleiben / quæ non tantum perpetuitatem, vti D. Ref. ad 2. reorum argumentum dixit, verum etiam beneuolentiam & nouam principis gratiam arguunt, & perspicue declarant.

9 Secundo non obstat argumentum: Quod inuestituræ sequentes à præcedentibus † accipiant interpretationem, quia hoc certum est, si à præcedentibus non fit recessum. *Dec. cons. 185. n. 3.* Sed hoc ab inuestitura B. recessum esse puto, reosq; initiū suæ possessionis ex D. metiri, ad quam etiam insequentes inuestituras referunt trahuntq;.

Non obstat tertio, pactum remissionis non esse expressum, quia voluntas, quæ ex coniecturis colligitur, pro expressa habetur, *vt sup. dixi.* Deinde, quia totus tenor, tota dispositio vltimæ inuestituræ nouum pactum est, nouus contractus, noua voluntas, qua subsistente (id quod actor non diffitetur) non video, qua ratione ad præcedentem B. huic per omnia in materia & forma contrariam, referri possit. Vtramq; inuestituram considerent domini. In B. fit mentio hypothecæ & reemptionis pecuniæ certa lege collocandæ. In inuestitura C. similiter in D. Horum nihil exprimitur, sed exordium, continuatio, dispositio, totiusque orationis contextus, ad simplex, purum & rectum feudum pertinent. Voluit enim princeps in posterum rectum feudum esse, ideoque hypothecæ, aliorumque pactorum: de quibus in præcedentibus inuestituris B & C. nullam fecit mentionem. Nonne ex eo euidentissima & liquidissima voluntatis mutatio arguitur?

Quarto non obstat, actorem de damno vitando certare: Reos vero de lucro captando, quia hoc in actorem retorqueri poterit, tum quia pecuniam acceptam, sortem videlicet retineat, tum etiam propter seruitia feudi nomine sibi præstanda, tum quia interest principis multos habere vasallos.

10 Quinto nō obstat potissimum actoris fundamentum, quod relatum sit in † referente, cum omnibus suis qualitatibus. *Rom. cons. 260. n. 2. Dec. cons. 539. n. 9. vol. & cons. 687. n. 3. vol. 5. Bartol. l. 1. §. f. si fam. furt. recedit. nu. 1. per text. L. as se. verbo hereditatib. inst. l. Theopompus dote præleg. l. instrumento talis condit. instit. l. si ita scripsero. cōd. & dem.* & illud, quod † ex relatione colligitur, dicitur verum esse, & proprie. *Bald. cons. 212. n. 1. vol. 5.* vbi dicit, Vulgaris est doctrina, quicquid continetur in termino ad quem fit relatio, continetur in termino saltem implicite, & ea, quæ veniunt per modum declarationis, vere & proprie inesse debent. Idem refert & seq. Dec. *d. cons. 687. n. 3.* Sed in vltima inuestitura D. in qua se fundant Rei, fit relatio ad præcedentes.

11 Ergo censent inesse omnia pacta prioribus inuestituris inserta, *iuribus supra alleg.* Habet enim hæc verba vff maßen vnsers Altvatters vnd Vatterseligen Brieff clärlich darinn auß melden. Hoc, vt dixi, actoris fundamentum non obstat, cum † relatum iuxta referentis mentem accipiendum sit. *Panor. c. super querela n. 5. Ne cler. vel mon. secul. se immisc.* nec plus in referente † de relato esse potest, quem referentis voluntas verbis demonstrata continet, cum relatum sit pars referentis. *l. ait prætor. §. si iudex re iudic. Alex. cons. 35. n. 8. vol. 4. Rom. cons. 305. nu. 67.* Prædicta ergo verba secundum mentem præferentis intellecta, non ad tenorem vniuersum præcedentium literarum, sed ad pertinentias feudi tantum, & sic ad materiam, non vero ad formam referri debent, prout docte deduxit D. Ref. Nisi n. hoc modo intelligantur prædicta verba auff maßen / maxima sequeretur absurditas, videlicet, quod dominiū N. etiamnū esset Pfandschafft / & non feudū. Nam in inuestitura D. fit quoq; relatio ad primas literas, tū dicitur, vff maßen vnsers

12

13

vnsers Altvatters Brieff außweiße. Literæ autẽ aui nõ de feudo, sed de hypotheca loquuntur. Igitur relatio, quæ fit ad præcedentes literas, necessario ad pertinentias referri debet, aliàs ea relatio esset absurda.

Nam ipsemet Steinfelsiæ dominus actor fatetur, vbique tam in positionibus, quam responsionibus ad defensionales articulos, item in inuestitura dominium Jhat non amplius esse Pfandtschafft/ sed feudum cum pacto de retrouendendo. Verba igitur auff maßen ꝛc. licet generaliter posita sint, referri tamen non debent ad id, quod est contra mentem cõtrahentium, sed ad consonum intellectum restringenda sunt. *l. 1. §. quod int. Ne quid in loco sacro l. Lucius. §. Imperatorum ad municip. Bald. l. fin. §. idem quæsiuit. Cond. indeb. text. l. si de certa. C. transact. & ibi Bald. in pr. l. si stipulatus in pr. vsur.* 14 Verba † enim menti, & nõ mens verbis deseruire debet. *c. intelligentiam. c. præterea. v. sign. l. in conuentionibus eodem t. gl. l. si in venditione, verbo veritus. comm. pred. Soc. cons. 102. num. 4. vol. 1.* Quod adeo verum est, vt 15 verba impropriari † debeant, adhoc, vt deseruiant intentioni actusque valeat. *l. insulam præter. verbis. Alex. cons. 53. vol. 7. per alleg. ibid.*

Præterea ad ea, quæ nõ sunt verisimilia, re-16 ferri non debent, quia quod lõge † est à verisimili, falsitatis imaginem habet. *Bald. l. 1. col. 3. C. ser. fugit. fac. text. l. quia verisimile præsumpt. & l. fin. quod met. caussa.* Sed verisimile non est, principem litera D. nihil amplius concedere voluisse, quam erat in prioribus cõcessum, per ea quæ D. Referens late deduxit.

Vltimo non obstat aliud fundamentum a-17 ctoris, quod clausula in principio, vel † in medio, aut fine posita generaliter ad omnia referatur. *l. talis scriptura. §. fin. & ibi Bart. & Dd. l. 1. Boerius decis. 146 num. 2. p. 1.* Quia illud procedit, quando nulla ratio adsignari potest, quare magis ad vnum, quam ad aliud referatur capitulum. Secus, quando ratio diuersitatis posset adduci: tunc non habet locum relatio ad omnia, sed ad quæ commodius referri potest. *l. si idem cum eod. §. fin. & ibi per omnes iurisd. om. iud. Boer. d. decis. 146. num. 13. Dec. c. 2. requir. num. 3. Appellat.* Ex quibus omnibus concludo, per posteriorem inuestituram D. prioribus B & C. derogatum pactumque de reemendo remissum esse, & ideo pronunciandum, bene iudicatum, male appellatum, compensatis expensatis, vt Ref. conclusum fuit contra Ref. & meum votum & pronunciatum, vt sequitur.

Sententia.

IN Sachen H. Otto võ Steinfelß Appellanten eines/ wider die von Rechenbach/ & Consorten, in actis benent/ Appellaten anderstheils/ ist allem vorbringen nach zu Recht erkandt/ daß in voriger Instantz vbel geortheilt/ wohl daruon appelliert/ vnnd die Appellaten jme dem Appellanten den Widerkauff der Articulirten halben Herꝛschafft N. mit aller Zugehörung gegen empfahung der gantzen wiederkauflichen Summa Gelts zugestatten/ dauon abzutretten/ vnnd gedachts Appellanten dieselbige halbe Herꝛschafft/ N. sampt allen jhren Zugehörungen/mit Erstattung von Zeit ahn beschehener Hinderlegung vffgehabener Nutzung einzuraumen vnndt zu zustellen/ schuldig seyn/ als wir auch sie die Appellaten darzu hiermit condemniren vnnd verdammen/ vnd die Gerichtscosten allenthalben auffgelauffen/ auß bewegenden Vrsachen gegen einander Compensierendt vnnd vergleichendt. ꝛc.

DEC. IV. VOTVM VIII.

In Caussa Hanß Haußleben/ *Contra* Conradt Graffen zum Q.

In puncto salarij Aduocato promissi, nec soluti.

SVMMARIA.

1. *Aduocatus & procurator de quota litis pacisci non possunt.*
2. *Operas suas qui locauit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas suas præstaret.*
3. *Priuilegium per non vsum non amittitur, si nunquam occasio vtendi euenit.*
4. *Idem in iurisdictione.*
5. *Aduocatus an transmittat salarium totius anni, in quo moritur ad heredem.*

IN

IN NOMINE Domini. Amen.

1 QVAMVIS regulariter aduocatus & procurator de quota litis pacisci non possunt † cum tale pactum legibus sit improbatum, *l. quisquis. §. preterea. l. si quis C. postul. l. & litem. C. procurat.* vbi sedes ordinaria, tamen ratione palmarij, id est, victoriæ, potest aliquid stipulari. *l. 1. §. litis causa. Var. & extraord. cognit.* Et tali casu siquidem certum stipulatus sit, competit ei certi condictio. *l. si quis, si cert. pet. §. 1. inst. v. obl.* si incertum, ex stipulatione incerti. Quod si absque stipulatione aliquid permissum sit nudo pacto, datur condictio *ex l. vn. C. suffrag. Ita gl. d. l. vn. verbo constrixerunt, Specul. ad longum. §. 1. num. 4. salar. aduoc.* Quandoque officium iudicis nobile imploratur, vt salaria præstentur aduocatis, pro modo litis & facundiæ aduocati, & fori consuetudine. *l. 1. §. in honorarijs. Var. & extraord. cognit. gl. d. l. vn. Zas. §. præterea. inst. actori.* Imploratur, scilicet, officium, si nihil promissum sit, neque stipulatione, neque nudo pacto. Sed in proposito, cum Comes ad certum salarium annuum soluendũ, nempe 50. Flor. proprio Chirographo se obligauerit, dubium non est, quãdo actum sit condictione. ex l. vn. *C. suffrag.* Et est speciale secundũ leges, vt ex nudo pacto hoc casu actio competat, *gl. d. l. vn. Specul. d. §. 1. num. 4.* Licet secus sit in pcuratore, prout distinguit Specul. *d. §. 1. n. 2. fac. l. salarium. C. mand.*

An probata?

BReuiter cõcludo, quod sic. Non solũ proprio Chirographo, cuius sigillum & subscriptio per sententiam 23. Ian. Anno 62. latam pro recognitis acceptata sunt, verũ etiam propria rei confessione, quæ in exceptionibus contra probationes n. 8. habetur.

An Elisa?

DVas potissimum Reus exceptiones obijcit.

I. Quod annuum salarium actori per S. Lazarum renunciatum sit nomine Comitis.

II. Quod nullum patrocinium à tempore contractæ obligationis præstiterit.

Quod ad primum attinet, dubium non est, quando releuaret, si probata esset, nihil enim tam naturale. *l. nihil tam naturale. R. Iur.* At pbata non est, cum tamen à iudice, datis ad hoc competentibus dilationibus, iniuncta sit probatio.

2 Altera non obstat, quia, qui operas † suas locauit, totius tẽporis mercedem accipere debet, si per eũ non stetit, quo minus operas suas præstaret. *l. qui operas. l. sed addes. §. cum quidam locati. Rom. cons. 85. per tot. Bec. cons. 70. n. 2. vol. 1.* 3 Quemadmodũ in simili † priuilegium per nõ vsum non amittitur, si nunquam euenit occasio vtendi, licet quis per mille annos vsus non fuisset. 4 Sic & iurisdictio non præscribitur, † si iurisdictionis exercitium & casus vtendi non euenerit. *text. not. l. & Aticlinus de seruit. rust. prædior. Ias. l. fin. n. 35. const. pecun. Bellonus cons. 1. nu. 11. & seq.* Secus si stetisset per ipsum aduocatum; quo minus operas suas præstaret, *l. fin. C. condict. ob caussam dat. caussa nõ sec.* Quod hic non allegatum quidem est, tantum abest, vt sit probatum.

5 Sed quæstionis est, an † aduocatus trãsmittat ad haredẽ salarium totius anni, in quo moritur. Text. est quod sic. *l. petitiones C. aduoc. diuers. iud. Bart. pulchre. l. diem functo off. adsessor vbi sedes ordin.* Acceptum quoq; salarium non restituit, etsi partes transigerint. *gl. c. statutum. §. adsessorem verb. communiter Rescript. lib. 6.* Sed hæc nihil ad propositum, quod ad pecuniam mutuam attinet, cum in actis nihil sit specificatum, nullaque summa expressa desuper pronunciare non possum.

Vnde concludo actionem non elisam, & pronunciandum pro actore cum expensis, reumque nulla tamen facta mentione interesse in sententia condemnandum. Saluo &c.

Sententia.

IN Sachen weilandt D. Haußlebens / jetzt desselben Wittib Clagereins / wider H. Conradt Grauen zu Q. anderstheils / ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt / daß gedachter Beclagter Ihr der Clagerin / die in Anno 52. biß auff daß 58. Jhars inclusiue vermögt vorbrachte Bestallung noch außständigen verfallenen Jhars Soldt vñ Dienstgeldt / sampt dem Gerichtskosten derohalben auffgelauffen / nach Rechtlicher messigung zuendtrichten vnd zubezahlen schuldig sey / alß wir jhnen hiermit darzu Condemniren vnd Verdammen.

DEC.

DEC. IV. VOTVM IX.

In Caussa Hans Caspar von Stallberg / *Contra* Dorotheam vom Berg /

Consortes eiusdem litis, quomodo sententiæ satisfacere debeant in solidumne an pro virili portione.

SVMMARIA.

1 *Actor contra eandem personam actione prima in solidum agere potest, ex sententia lata contra plures reos debendi non potest, nisi ex parte virili.*

2 *Correi plures in solidum condemnati possunt in exsecutione opponere exceptionem diuisionis.*

3 *Dominus an sententiam contra se latam aut etiam in fauorem suum, ratificare possit. & n. 4.*

IN NOMINE Domini. Amen.

ANNO 62. 2. Decemb. fertur sententia euentualis contra omnes, vt intra præfixum tempus doceant, executorialibus paritũ esse, Sixtus intra pfixum tempus comparet & exhibet, Anzeig cum petitione pro prorogatione termini, offert paritionem pro superstite, cuius nomine tantum comparet, allegat consortes vita defunctos.

Quæritur an æquum petat? Iuris est certissimi, quod sententia scindatur, & singuli pro virilibus tantum portionibus teneantur, etsi essent quoad actionem & obligationem principalem Correi debendi *tot. ti. C. si plur. vna sententia cond. text. alleg. l. qui expressim. §. quoties appell. text. l. Paulus 2. Reind.* Ergo si in præsenti obligatione causa principalis esset iudiuidua, & singuli in solidum tenerentur, tamen ex sententia obligatio diuideretur. Nam, vt inquit text. *l. 1. C. si pl. vna sententia &c.* effectus sententiæ pro virilibus portionibus discretus est, & sic obligatio superstitis, q̃ pro sua quota paratus sit satisfacere executorialibus, in iure releuans est, ad euitandã pœnã executorialib' insertã. Nam actio iudicati tantum pro parte datur, h. est, ex sententia Correi debendi, vel promittendi, non est obligatus, nisi pro sua parte, remanet tamen obligatus actione in solidum. Vnde non prohibetur actor, quando cõtra eandem personam actione prima in solidũ † agere possit, sed ex sententia lata contra plures reos debendi, non potest agere, nisi pro parte virili. *gl. d. l. 1. C. si pl. vna sententia. &c. verbo virilibus & ibi Castr. docet practic. illius legis.* Præterea † iuris, quod plures Correi in solidum condemnati possunt in executione opponere exceptionem diuisionis, si vterque est soluendo. *Alex. cons. 37. nu. 10. vol. 2. alleg. Bart. in auth. hoc ita C. duobus reis.*

Quare concludo, hanc obligationem æquitati & iuri consentaneam esse, maxime in casu præsenti, vbi non sunt Correi debendi, sed quilibet pro suo facto conuentus est, & de iure obligationis inter heredes actiue & passiue diuidantur. *l. 2. C. hereditar. act. legatorum petitio leg. 2. cum similibus.*

Porro aliud nunc dubium suboritur, cum sententia euentualis lata sit contra omnes litis consortes, & constat apud acta, quod D. Sixtus non sit legitimatus nomine superstitis, an dominus acta per eum ratificare possit. Est materia. *l. licet iudic.* vbi dd. communiter, imo omnes conueniunt, quod sententiam † contra se latam ratificare possit, *per d. l. licet & l. 3. §. falsus. Rem. rat. hab.* Sed an sententiam in fauorem suum latam ratificare possit, ad modum inter DD. controuertitur? *l. si tutor C. in quibus caussis restitut. non est necess. verbo non potuit.* tenet, quod non possit ratificare, quia dicit ibi esse speciale fauore pupilli. Ergo ius commune est in contrarium.

Hanc opinionem sequitur & multis rationibus confirmat Sal. *ibid. nu. 4. & 5.* vbi dicit, se secundum eam consuluisse. Contrarium tenet gl. *l. si notor. §. hoc iure. verbo deducit Except. rei iudic.* quod indistincte ratificari possit sententia lata contra falsum procuratorem, vel pro eo. Et hanc opin. Ias. d. l. *licet. nu. 10. procurat.* Communem dicit, quod sc. sententiam latam in fauorem falsi procuratoris, dominus siue † minor siue maior sit, ratificare possit, *per text. l. licet indic. vbi hoc quoq. tenet. Bartol. in pr. Idem Bart. d. l. si mater & hoc iure inf.* Hanc tamen communem opin. 13. modis limitat. Ias. *d. l. licet. C. procurat.*

Ad propositum, cum nos hic versemur in primo membro, quod nullam habet dubitationem, dominum sc. sententiam in sui præiudicium, vel contra se latam, ratificare posse, dubium non est, hanc ratificationem retrotrahi, & perinde esse, ac si procurator ab initio

tio interuenisset. *l. semper qui non prohibet R. iur. c. ratihabitione. eod. t. num. 6.* Cæterum cum de legitima ratificatione nobis non constet, volo ad maiorem securitatem D. Sixti legitimationem nomine superstitis cum ratificatione iniungere, quo facto procuratori ex aduerso imponere, vt ad oblationem exhibitã, quod decet, intra 3. menses agat. Saluo &c.

DECAS IV. VOTVM X.

Supplicatio pro Mandato sequestrationis seu inhibitione, loco eiusdem, cum annexis mandatis de restituendo, & non offendendo seu turbando amplius.

Herrn Apts zu Felseneck/

Contra

Die von Althero/ & Consorten.

SVMMARIA.

1. *Priuilegium de non appellando ad Cameram, an dominum & subditos concernat simul.*
2. *Facta geminata atrocitatem facinoris augent, maioremque metus suspicionem inducunt.*
3. *Ius protectionis nullam protectori & aduocato tribuit iurisdictionem.*
4. *Aduocatia nihil aliud est, quam defensio.*
5. *Abbas tenetur de iure bona ecclesiastica defendere, quantum in se est, inuocãdo brachium seculare: alias perdit prouentus.*

IN NOMINE Domini. Amen.

De tribus vidend. I. De Iurisdictionis natura. II. De narratis supplicationis. III. De petitione eiusdem.

Quoad I. Iurisdictio nostra fundatur ex constitutione der streittigen Possession. *p. 2. & 21. §. fin.* Priuilegiũ n. Saxonicũ q allegãt de non appellando ad Cam. Item die Außträge hoc casu queãdmodũ nec in caussis fractæ publicæ locum habent Priuilegium † 1 de nõ appellando ad subditos restringitur. Videndum igitur, an narrata (quibus tantisper credendum, donec cõtrarium probetur. *vulg. l. cũ quædam puella. iurisd. om. iud.*) conueniant dictæ constitutioni. Et breuiter concludo, quod sic. Ex antecedẽtibus enim & sequentibus manifeste constat, periculum armorum subesse, quo casu vigore allegatæ constitutionis *in d. §. fin.* iudex ad instantiam partis, & supplicationem, vel ex nobili officio, motu proprio litigiosam possessionem sequestrare, sequestros ordinare, aut loco supplicationis vtrique parti inhibere poterit, secundum præscriptam formã d. constitutionis, quæ fundatur potissimum ex. *l. æquissimum vsufr. fac. l. denũciamus. C. q ad Eccl. cõfug. Cast. consil. 3. vol. 1. per tot.* Præiudicia extant in caussa Speyer cõtra Speyer/ item Speyer contra Pfaltz Churfurst. Item Anspach contra Anspach. Et plura alia. Item Wormbs contra Pfaltz/ vbi citatio fuit decreta, etiamsi nullum documentum vel iudicium suæ possessionis cum supplicatione fuerit exhibitum, quod tamen ordinatio videtur requirere. Hoc tamen casu inhibitio non solet decerni.

Prædicta maxime obtinent, si ex qualitate personæ minantis iustus metus inducatur. *gl. l. metum verbo iactationibus. C. quæ vero met. caussa. dd. ibid. Ang. tr. malefic. verb. verba iniuriosa. num. 8.*

In præsenti igitur consideratis personarum qualitatibus, & rerum circumstantijs quod vterque sit status Imperij, quod Comes ab SS. subsidium & auxilium aliunde petat, nempe ab Episcopo FF. tanquam dominõ directo eius territorij, in quo situ est monasterium, quod d. Comes ab SS. cum Comitibus à DD. ius commune, & simultaneam inuestituram habet, quod geminata † facta atrocitatem facinoris augeant, maioremque metus suspicionẽ inducant. *l. Ballista ad Trebell. Bart. l. cum scimus. num. 7. C. agric. & cons. lib. 11. Soc. sen. cons. 15. num. 29. vol. 1.* Istis inquam omnibus consideratis res non ad pacem, sed bellum spectare videtur. Cum igitur ad arma & rixam procedere patiatur iudex, quo potest iurisdictione sua componere. *d. l. æquissimum.* Concludo narrata sufficienter qualificata esse super litigiosa possessione. Superest vt petitionem cõsideremus, an eo modo processus, quo petuntur decerni possint.

Tria potissimum petit Abbas. I. Mandatum inhibitorium ex allegata constitutione cõtra die von Althero/ & Comitẽ principalẽ, & in consequentiã cõtra præfectũ à MM. vt à iure ptectionis adsertæ siue aduocatiæ desistant, donec alterutri summario iudicio illud adiudicetur,

cetur, neque interea in administratione & iurisdictione Ecclesiastica & profana turbēt vel molestent, vt præfectus pecora sua abducat, arma Electoris valuis cœnobij & partis effixa, deponat & auferat.

Secūdo citationem ex termino peremptorio, vt iura sua hinc inde summarie deducant.

Tertio mandatum contra ciuitatem HH. de restituendo & amplius non turbando respectiue, idq; in genere & sine clausula iustificatoria.

Quod ad duo priora attinet, mandatum inhibitorium & citationem, cōcludo tales processus decerni posse, & modo, quo petiti sunt. Quid enim administratio Abbatis & eius iurisdictio, cum iure protectionis & aduocariæ commune habet? Certum est, quod ius protectionis 3 † nullam protectori & aduocato tribuat iurisdictionem. *Alex. l. 1. num. 24. iurisd. omn. Iud. Soc. protinus ibid. nu. 28. Idem. l. si ex tota. num. 28. cum seq. leg. 1. Platea. l. 1. C. excus. num. lib. 10. Soc. Sen. cons. 7. vol. 1. per tot. Bess. tr. de principe. num. 263.* vbi concludit, quod non efficiatur subditus, qui se alterius protectioni submisit. Et illa est communis dd. sententia in locis allegatis. Aduocatus siquidem defensor est, adeoq; in vtilitatem Ecclesiæ per gratiam adsumitur, & aduocaria 4 † nihil aliud est quam defensio. *Zas. cons. 67. & 49. vol. 2. Innoc. c. preterea 2. in patron. Ioan. Andr. c. generali. nu. 1. Elect.* Defendere ergo non spoliare Ecclesiam debet. Præterea Abbas de iure tenetur, bona Ecclesiastica defendere, quantū in se 5 † est, inuocando brachium seculare, alias perderet prouentus. *d. c. generali. vbi Ancor. nu. 1. & 2. text. c. postulasti Homicid. volunt.* Quod ad mandatum contra ciuitatem HH. attinet, illud separatum esse à priore facto putarem, neque ad allegationem litigiosæ possessionis pertinere, si separatim supplicatum esset, vellem mandatum cum clausula contra ciuitatem decernere, iurisdictio enim nostra fundata est eo, quod licet Abbas immediate sit subiectus Imperio contra ciuitatem imperialem non habeat Außträge. Decretum ergo hoc modo conciperem, sein gebotten Mandat wieder dem von Alchero / & consortem ex officio erkandt/ so viel aber die Stadt HH. belangt/ so fern der Supplicant vnderschiedtlich suppliciren vnnd bitten wirdt / soll solches gehört werden/ vnnd darauff ergehen was Recht ist: Ideo processus ex officio contra die von Alchero / & consortes decreti sunt, non autem contra Abbatem, quod periculum armorum ex sua parte non subesset, neque ipse pars esset. Actum 20 Augusti. Anno 65.

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM CAMERÆ IMPERIALIS SYNTAGMATIS I.

DEC. V. VOTVM I.

In Caussa Hanß Mangels Appellanten

Contra

Hanßen Dieberg Appellaten.

In puncto libelli loco Articulorum ad probandum admittendi: Commissariorum recipiendorum: mandati sequestrationis petitæ.

SVMMARIA.

1 *Capitulatum quod est semel, amplius non est capitulandum: & interrogatum semel, non est amplius interrogandum.*

2 *Articulus in prima instantia omissus, induci & probari potest in caussa appellationis.*

3 *Priuilegia creditorum recensentur.*

4 *Actio dotis cessæ an sit priuilegiata.*

5 *Mulier an tacitam hypothecam anteriorem habens, preferenda sit creditoribus expressam anteriorem habentibus.*

6 *Vis clausulæ, saluo iure impertinentium.*

7 *Impertinens & pertinens positio, quæ dicatur.*

8 *Sequestratio omnis de iure regulariter est prohibita.*

9 Pos-

9 *Possessor lite pendente non debet de possessione remoueri, nec ab ea sequestrari.*

10 *Iniuriam facit nemini, qui vtitur iure suo, imo desipit, qui hec sapit.*

IN NOMINE Domini. Amen.

EXCIPIT Appellatus nihil noui, sed omnia priora articulata, id q ordinatione prohibitum est. *p.3.t.35.§.pen.* Adstipulatur. *l. ampliorem. §. in refutatorijs. C. appell.* Quod enim semel capitulatum est, non est amplius † capitulandum, & semel interrogatum, non est amplius interrogandum. *Bald. d.l. ampliorem. §. in refutatorijs. fac quod not. gl. l. 2. §. quod obseruari. vers. existimat. C. iuram. calumnia.* Sed de veritate illius exceptionis mihi non constat ex actis primæ instãtię. Nã licet vbiq; in recessibus habitis per procuratorē, & exhibitis informationibus iuris ius suum prelationis deduxerat, tñ ex eo inferri nō potest, quod eadē articulata sint, quia in prima instantia nihil ab appellante articulatũ est, sed tm̃ de iure prælationis, cũ cæteris concurrentibus creditoribus disputatũ, vnde grauatus per sententiã, quid vetat, quãdo appellare, & ius suũ articulatim deducere possit ex beneficio. *l. p hãc. C. tẽp. appell.* Non deducta deducã, nō probata probabo. Nã si exceptio sit opposita in prima instãtia, & nō pbata, poterit ea in secunda instãtia probari, *vt not. communiter dd. d. l. p hanc. & ibid. Alber. n. 1.* & articulatus in 1. instãtia † omissus in caussa appellationis induci & pbari poterit, dũmodo talis sit, in quo sentẽtia à qua, faceret præiudicium & pareret exceptionē rei iudicatæ. *gl. Bart. Alb. Castr. & alij. d. l. per hanc. Et hoc ordinationi quoq; cõsentaneum est. t. 33. §. 3. p. 3.*

Cũ igitur appellans insistat priori actioni, scilicet iuri probationis, quod appellato merito præferri debuisset, nouos art. descendentes ex priori caussa appellat. exhibere potest. *d. l. per hanc, vbi Castr. n. 1.* partim vt per responsionem aduersarij ab onere probãdi releuetur. Nam is est effectus positionum. *l. eum qui iureiur. text. c. 1. confess. in 6. & ibid. gl. magna Iac. l. 1. §. si stipulanti. n. 10. v. oblig.* partim vt ad negatorum probationem admittatur, ad q se offert.

Articulos vero si veri probentur, releuãtes esse non dubito. Ponit enim se antiquiorem † habere hypothecam in fundo litigioso, ideoq; præferendus. *l. 2. C. qui pot. in pig.* Item generalem. *l. si generaliter. C. d. t.* Item quod renunciatio iudicialiter non sit facta, quod renunciatũ non sit, Sc̃to Velleiano, quod adiecta conditio non sit ex parte appellati impleta. Prętерea & illud in quæstionem venit, an actio de dote cessa tertio sit priuilegiata, hoc est, an priuilegium † personale cõpetens cedenti trãseat in cessionarium. Et sic in præsenti casu priuilegiũ cessionis, quod mulieri in repetitione dotis cõpetit, vt scil. omnibus creditoribus pferatur, transeat in cessionarium, quæ quæstio nõ caret dubitatione, de qua tractant dd. *Bart. Alex. n. 33. Rom. l. post dotem, sol. matrim. Bald. Ang. & Imm. l. 1. ff. d. t. Angl. §. fuerat. n. 15. Iasn. 94. inst. act.* quibus locis cõmuniter sequuntur distinctionē d. l. *post dotem.* vbi sic distinguit: Aut cessio fit ex necessitate eminẽte ex vtraq; parte, quia ille, qui cedit, cogitur cedere, & ille, qui emit iura, cogitur emere, isto casu transit priuilegiũ dotis in cessionarium: aut cessio fit ex voluntate. Et tunc nõ transit priuilegium per text. *in auth. vt ex actione instante dotis &c. in pr. Imm.* tñ indistincte contrarium tenet. *d. l. post dotem. nu. 7. inf.* Expressius & latius idem tenet Rom. *ibid. num. 49. per text. d. auth. nu. ex act. instante &c.* qui sane indistincte loquitur, vt per alia iura ibid. alleg. Accedit & alia disputatio, an mulier tacitam † hypothecam anteriorem habens præferenda sit creditoribus expressam anteriorem habẽtibus per rationes. gl. & Dd. in vtramq; partem. *l. assiduis. C. qui pot. in pign. DD. d. §. fuerat inst. act.*

Quapropter volo hos art. ad proband. admittere, saluo tamen iure impertinentium & non admittendorum, maxime quod in dubio Iudex art. semper admittere debeat cum clausula, *Saluo iure impertinẽt. &c.* quæ hac † operatur ex parte iudicis, quod scilicet, euidẽter postea in processu appareat non fuisse admittendos aliquos art. habeantur pro non admissis, & reijciantur etiam depositiones testium receptæ super illis. *Innoc. c. cum contingat. nu. 17. cum seq. off. deleg. Pan. ibid. nu. 12. Ias. l. si duo. §. idem Iulianus. nu. 31. iureiur. Mar. p. 6. t. de posit. nu. 33. Ias. red. decis. 163.* Ex parte vero respondentis operatur, vt pro non cõfesso habeatur respõdens, si postea impertinens reperiatur. *DD. vbi supra.* Obseruauit hoc quoq; Mynsi. obs. 52. *cẽt. 2. ex Mar. p. 6. t. de posit. n. 33.* Si tñ manifeste & euidenter constet iudici esse articulos impertinentes, & non admittẽdos, tũc nõ debet eos neq; cum dicta clausula admittere. *gl. sing. d. c. cũ contingat. vers. nihilominus. off. deleg. vbi est sedes ordinaria. Ias. d. §. idẽ Iulianus. n. 34.* Impertinẽs positio dicitur, quado † nec directo, nec per indirectũ quoq; modo caussæ adminiculatur. Pertinẽs vero non solũ, quæ directo & principaliter facit ad caussam, sed etiã quæ qualitercunq; adminiculatũ etiã leui præsumptione. *Ias. d. §. idem Iulian. n. 14. q latius declarat Bart. l. 2. §. quod obseruari. nu. 25. Iuram. calum.*

Si igitur post admissionem impertinens repetatur positio, nihil proderit agenti ad victoriam caussæ, quia retro fingitur impertinens fuisse, quod diligenter in caussarum decisionibus à iudicibus obseruandum est. Vidi ego

sæpius vnum articulum tanquam releuantem reiectis omnibus alijs ad probandum admissum fuisse, sed in præsenti concludo, articulos omnes si probētur releuātes esse, ideoq; admittendos, cum illa clausula tamen, vt supra saluo iure impertinen. &c.

Quod ad secundam submissionem in puncto supplicationis pro sequestratione, allegatur quidem periculum dissipationis, sed nihil probatur, illudq; exp̄ssim negat appellata, allegando sibi licere ex fructib. rei dotalis maritum, liberosq; sustentare. *l. vbi a. cum auth. seq. C. in dot.* Cum igitur dicta appellata rei incūbat pro rebus dotalibus iure tacitæ hypothecæ. *d. l. assiduis C. qui pot. in pign. §. fuerat inst. action.* ne fit dilapidatio aut dissipatio probata petitam sequestrationem fundi litigiosi denegarem, tum † quod omnis sequestratio de iure regulariter sit prohibita. *t. t. C. prohibit. sequestrat. p. c. 1. vt lite pend.* tum quod lite pendēte possessor † non debeat de possessione remoueri, nec ab ea sequestrari. *gl. c. 2. verbo sequestrari sequest. possess. Ferr. pulchre in far. sequestrat. in pr. Franc. c. bona memoriæ. nu. 44. in f. Appel. Rota decis. 44. n. 1. t. 2. appell. in nouis & decis. 24. in f.* Quibus locis dicunt, quod fundi possessor lite pendente posset in fundo facere quicquid velit, percipiendo fructus, colendo, non obstante aliqua appellatione vel contradictione. Nemini enim iniuriam † facit, qui vtitur iure suo, imo desipit, qui hæc sapit, *vt inquit Rota d. decis. 44. n. 2.*

8

9

10

Præterea ista sequestratio cōcernit causam principalē, vnde nihil ante finem & decisionē causę principalis statuendū aut inhibēdū, alias hoc per modum sequestrationis consequeretur, quod per definitiuam se consecuturum sperat, de quo adhuc sub iudice lis est. Ideo quod tali casu mandata inhibitoria deneganda sunt. *d. 2. & ibi gl. verbo electione. integr. restitutione. Zas. cōs. 2. n. 6. vol. 2. Capic. decis. 72 per tot.*

Concludo itaq; petitam sequestrationem denegandam. Quod ad punctum commissariorum attinet, nominatos Commissarios in euentū in communi forma decernerem. Saluo. &c. Oēs cōcluserunt mecū in omnib. punctis.

Sententia.

In Sachen Hans Mangels wider Hans Dieberg/ ist den 15. Octob. Anno 61. loco art. repellirte Clag beschehener Einred vnuerhindert/ doch saluo iure impertinentiū & non admittendorum zu beweisen zugelassen/ darauff die in euentum gegebene Antwort pro pura vnnd für genugsam die Anhāng denselben nachgesetzt hiermit verworffen/ vnd dann in puncto Commissariorum ist der Bescheid so ferrn D. CC. wieder die ernēte zu Commissarien in Zeit vier Wochen/ so jhme von Amptswegen darzu angesetzt/ nichts erheblichs excipiren wirdt/ daß als dan dieselbe sampt vñ sondern verordnet/ darauff Commissio in communi forma vnd Zeit pro prima dilatione probandi, wie gebetten/ erkandt/ zugelassen vnnd angesetzt seyn soll/ Letzlich in pūcto supplicationis pro sequestratione, ist dz gebettene Mandat hiemit auffgehaben/ Publicata prima post ferias. Anno 64.

DEC. V. VOTVM II.

In Caussa Hornburgk/ *Contra* Probst vnnd Closter zu Delmhorst.

In puncto Commissariorum.

SVMMARIA.

1 *Attestationibus publicatis an receptio nouorum testium prohibita sit.*

2 *Receptio testium post attestationes publicatas regulariter prohibita est.*

3 *Fallit in multis casibus, quos notat Panorm.*

4 *Probationes non sunt coangustanda, ne veritas pereat.*

5 *Cessante caussa cessat effectus.*

IN NOMINE Domini. Amen.

REGVLARITER † attestationum publicatio impedit testiū productionem super ijsdē articulis vel directo contrarijs, vt tradunt Legistæ. *l. per hanc. C. temp. appel. vbi Bart. & Castr. & Auth. atq; semel. C. probat. Et auth. de test. §. quia vero. Specul. t. de teste. §. satis vtiliter. Canon c. fratris. vbi Pan. n. 4. test. in clem. f. eod. t.* Idq; procedit non solum in eadem

1

eadem instantia, verum etiam diuersa, *secundũ com. opin. Canon. d. c. fraternitas prout ref. Castr. d. l. per hanc. nu. 3.*

Iam in præsenti constat ex protocollo iudiciali, attestationes appellantis in continenti publicatas esse.

Sequitur ergo testium receptionẽ propter periculum gubernationis locum amplius non habere per iura alleg.

Videndum ergo an petitio D. Brauns sit releuans.

Duo potissimum allegat.

Primo personarum qualitatem, quod sint miserabiles personæ.

Secundo rem oẽm adhuc integram ex parte appellatorũ, eo q testificata nondũ didicerint, aut copiã attestationũ receperint, & sic cessat ratio legis ꝓhibitiua, scilicet, suspicio subopinationis. Vtrunq; meo iudicio releuãs est. Nã quantus sit in iure nostro fauor, ꝓsertim quoad restitutionẽ, quã D. Braũs in euentũ quoque petit, ꝑsonarũ miserabiliũ, satis notũ est, ꝑ not. dd. *l. vn. C. Quãdo Imp. inter pup. & vid. &c.*

Quod ad postremũ attinet licet regulariter, 2 vt dixi, post attestationes † publicatas receptio testiũ sit prohibita, illud tñ in multis casi- 3 bus fallit, quos † not. *Pan. d. c. fraternitatis. n. 4. vbi 18. fal. ponit. Specul. d. §. satis vtiliter. Socin. in fall. Reg. 403. verb. test. publici, vbi 52. fall. ponit.* Et in ꝓposito singulariter fallit, si pars testificata post publicationẽ nondũ didicerit, aut publicatio parte inuita facta sit, *text. d. auth. de test. §. quia vero gl. Clem. fin. verbo publicatis. eod. t. gl. c. constitutis. 2. verb. induxit. eod. t.* vbi dicit, quod tali casu locum habeat receptio testium, etiamsi altera pars didicerit testificata. Et hoc tenet ibidem Panorm. *d. c. fraternitatis. n. 4. cum seq. idem tenet Spec. d. §. satis vtiliter. n. 9. in f. vers. quod si publicata. Henning. in sua pract. rubr. 20. n. 8. Soc. d. reg. 405. fal. 23. Alex. cons. 24. nu. 4. cum seq. vol. 4.* vbi ad contraria respondet: quibus locis concludunt, quod per solam publicationem testium nõ intelligatur præclusa via producendi alios testes, si pars testificata non didicerit. Cum non subsit timor subominationis, quæ sentẽtia summa æquitate nititur, cũ pro- 4 bationes † non sint coangustandæ, ne veritas pereat. *l. quoniam in f. C. de heret.* Cessante caussa, cessat effectus. *c. cum cessante extra appel.*

Quapropter concludo, appellatos nõ obstante publicatione testium in causa principali ad probationẽ articulorum defensionalium & additionalium, purgata tamen prius contumacia, admittendos esse. Et restitutionis remedio, non esse opus, cum ex caussis allegatis ordinarium adhuc locum habeat. Quoad rescriptum commissionis attinet, denegarem illud, & nouam commissionem ex off. & secũda dilectione, eo quod primam habuit, decernerem in communi forma. Saluo &c.

Sententia.

IN Sachen Brauns contra Schwartz/ist der Bescheidt/so fern D. Schwalben vff die den 21. &c. Iunij. Anno 63. ernente zu Commissarien in Zeit 6. Wochen/so jhme von Amptswegen darzu angesetzt/in specie nichts erhebliches [illegible]cipiren wirdt/ daß alßdann dieselb sampt vñ sonders hiermit verordnet/darauf commissio noua in cõmuni forma doch dem &c. ein vnpartheyischẽ &c. der verhör zu adiungiren fürbehalten/ vnd Zeit pro secunda dilatione, wie gebottẽ/ erkandt zugelassen vnd angesetzt seyn soll.

DEC. V. VOTVM III.

In Caussa Jüdt vom Franckenthal/
Contra
H. von dem Wald.

In puncto Citationum & inhibitionum cassandarum, de indicijs ad torturam sufficientib.

SVMMARIA.

1 *Nullitas processus in caussis criminalib. in Camera cognoscitur.*
2 *A tormentis sine sufficientib. indicijs nõ est inchoandũ: etiamsi sint sufficientia. nu. 5. nisi prius copia indiciorum ad purgandũ parti facta sit.*
3 *Nemo de proprio crimine confitens super conscientia aliena interrogari debet.*
4 *Confessis delictus nõ creditur, si alius accusat.*
6 *Indiciorum copia parti danda est.*
7 *Defensio hominis est iuris naturalis, nec denegari potest, ne ipsi Diabolo quidem.*
8 *Princeps tollere defensionẽ in caussa principali.*
9 *Cõfitens de se, de aliena conscientia interrogari non debet.*
10 *Socius in quib. casib. examinari possit & facere indicium sufficiens ad torturam.*
11 *Indiciorum certa regula dari non potest, sed arbitrio iudicis committuntur.*
12 *Arbitriũ iudicis debet regulari secũdũ regul. iuris cõmunis, & cõsonare iuri cõmuni & æqtati.*

13 *Ex suspicionibus quis torqueri potest ad eruẽdam veritatem, si per inquisitionem proceditur.*
14 *Fama succedit loco accusatoris in processu per inquisitionem.*
15 *Nemo sine accusatore dãnari debet.*
16 *Denunciatio triplex, publica, priuata, Euangelica.*
17 *Tortura indebite facta a principe non vitiat processum ex postfacto.*
18 *Accessoriũ debet sequi naturã sui principalis.*

IN NOMINE Domini. Amen.

SUBMISSIONES nostrę in tribus Iudęorum caussis ex eodem delicto descendentib. potissimũ circa exceptiones citatorum versantur. An Doctori NN copia eorundem decernenda, & tum ad contradicendum admittendus sit: an vero iuxta petitionem exceptionũ citationes sint cassandæ, & caussa remittenda iurisdictionem nobis † tribuit in criminalibus ordin. *p. 2 t. 28. §. 5.* vt super nullitate processus tantum, non autem de meritis caussæ cognoscamus. Iam in præsenti, Iudæi pro grauamine nullitates allegant, quod nullis præcedentibus indicijs ad falsam captiui militis vi tormentorum extortam confessionem, moxque ab eodem reuocatam carceri mancipati sint, quæstionibusq; reiectis omnibus defensionibus, subijciendi, tertium etiã subiectum, & sæpius in quæstionib. repetitum fuisse, idq; nulliter contra iura omnia & imperij promulgatas cõstitutiones.

Quæ narrata si vera sint, meo quidẽ iudicio ex ordinatis, permissione processus rite decreti sunt, præsertim quoad citationem. Nam de inhibitione adhuc dubitari potest, eo quod nobis de veritate grauaminis non cõstet. Pro Iudæis facit, quod regulariter à tormẽtis sine sufficientibus indicijs † non sit inchoandũ. *l. 1. in pr. quæstion. vbi late Hyppol. l. maritus C. eod. tit.* confessionem captiui militis non esse sufficiens indicium ad torturã, eo quod veteris iuris authoritas de se confessos ne interrogari quidem de aliena conscientia sinat. Nemo † igitur de proprio crimine confitens super conscientia aliena interrogari debet, verba sunt *l. f. C accusat.* Et confessis † delictis non creditur, si alios accusant, *vt c. 1. & ibi gl. confess. l. repet. §. 1. quæstion.* Imo hoc † amplius, etsi sufficientia extent indicia, tamen ad torturam non esse procedendum, nisi prius copia indiciorum ad purgandum parti facta fuisset, quod requirit Bart. *d. l. fin. n. 8. & Hypppol n. 7. q.* Ratio, quia cum sup talibus † indicijs sit disputandũ, merito parti copia eorum fieri debet. *l. vnius §. cognitururn d. t. Hyppol. conf. 12. n. 7. & conf. 18. n. 13. & conf. 46. n. 5. vol. 1.* Quinimo non solum danda est talis copia indiciorũ reo, sed etiam post datam ipsam copiam, non potest adhuc iudex procedere ad torturam, cum indicia cum termino adsignato reo perrecta non sunt. *Hyppol. d. conf. idem conf. 8. n 24. vol. 1.*

Atq; etiã exigere videtur hoc imperij pœnalis vel criminalis cõstitutio des Reichs peinlich Halßgerichts Ordnung. *art. 47.*

Præterea pro Iudæis facit, defensionem omnem esse iuris naturalis. *l. vt vim iust. & iu.* Ideoq; nemini maxime in criminalibus, vbi de sanguine hominijs agitur denegandam. *l. 1. §. f. d. l. vnius §. cogniturum & ibi late Hyppol. q. dicens* quod terminus defensionis debet per Iudicem dari Reo, & non petenti ex officio: alias diceretur oppressus. *d. l. 1. §. f.* Tantus enim fauor est defensionis, vt ne diabolo quidem denegari debeat. *Hyppol. d. §. cogniturum. n. 46. & 47.* vbi dicit, quod licet princeps de plenitudine potestatis possit tollere † defensionem in caussa ciuili & pecuniaria, tamen hoc non potest facere in causa criminali. Refert ita singulariter dixisse Bald. *l. 3. §. si is, p quo. Quod q̃sq; iur. Hyppol. sing. 388.* Cæterum in *§. cognitorum* elegantissime omnium defensionis explicat.

Hæc pro allegata nullitate processus ex parte Iudæorum.

Contra citati in termino comparent, & exhibent exceptiones contra emanatas citationes sc. ex falsis naratis & tacita veritate eas obtentas, ideoque cassandas & caussam remittendam.

Falsitatem narratorum ex propria Iudæorum confessione deducit von dem Waldt vid. in confesso esse, hactenus ad torturam processum non fuisse, licet ad eam habuerit, atque etiamnum habeat non remota, sed propinqua indicia. Comites vero à Reichensels quod ad Musche Iudæum, quem ipsi captiuum habent, propius accedunt, & ad effectum narratorum scil. falsitatem probandam d. Iudæi vergicht & instrumentum depositionis testiũ exhibent, ex quibus testibus mea quidem sententia intentati criminis veritas sufficienter euincitur, aut saltem iudicium torquendi consocios euidentissime desumitur. Vnde non dici potest, quoad von dem Waldt qui ne torturam quidem attentauit, nulliter processum esse. Militis enim confessio & perseuerantia sufficiens ad torturam Comitibus indicium dedit. Non obstat allegata Theorica, quod qui de se confitetur, ne interrogari † quidem de aliena conscientia debeat. *d. l. f. C. accus.* quia procedit in delictis, quæ committuntur principaliter in alterius iniuriam & odium, secus si propter commodum committentium tantum committantur, vt falsam cudere monetã, latrocinia exercere. Latrones n. nõ odio quodã, sed amore pecuniæ latrocinia cõmittunt, ita distinguit Bart. *d. l. repet. §. 1. q. q̃ cõmuniter seqq. DD. Hyppol. ad d. l. 1. §. D. Antõius n. 3. d.*

n.3. d. l. Iaſ. l. vnic. §. ſi tibi indicium. n. 4. cond. ob turp. cauſ. Cynus ad d. l. fin. in f. C. accuſ. Alex. cõſ. 127. num. 16. vol. 4. vbi multos allegat. Fallit etiam ſecundum theorica propter atrocitatem criminis, alijsque caſibus notatis, per *gl. d. l. f. verſ. f. C accuſat*, in quibus caſibus criminis ſolius † examinari poteſt, & facit indicium ſufficiens ad torturam. *Alex. Bart. & alij, vbi ſupra. text. elegans. l. prouinciarum. C. ferijs.* vbi dicitur, quod proditio ſceleratorum conſiliorum per tormenta quærenda eſt. [10]

Dato etiam militis confeſſionem nullius eſſe momenti, nullumq; inditium facere ad torturam, tamen alia adhuc extãt indicia, quæ per ſe ſola ſufficerent, vid. quod Iudęus captiuus de nocte turrim, in qua d. miles obſeruabatur, cõſcẽdere viſus ſit: quod munera pręfecto, alijsq; ob hanc cauſſam dederit: quod reclamationis ipſius militis inſtrumentum à præfecto petierit, ad inſtrumentum depoſitionis teſtium gezogen / quæ vtique ſufficientia indicia ſunt, ad torturam maxime cum omnium Doct. cõcors ſit opinio quod in materia indiciorum, quod ſcilicet ſint ſufficientia indicia ad torturam, & quod certa † regula dari non poſſit, ſed arbitrio iudicis relinquatur. *Bart. d. l. f. nu. 3. & ibi Hyppol. n. 2. Quæſtion. per l. 2. §. eiuſd. quoque teſtibus DD. l. f. C. accuſat. Iacob. de nouell. in pract. crimin. de iudicijs. n. 17.* [11]

Illud tamen obſeruandum eſt, quod tale arbitrium regulari debeat, ſecundum † regulam iuris communis, & debet eſſe iuri cõmuni & æquitati conſonum, *ita opt. prob. text. l. 1. verbo.* vt tamen legem non offendat vſus. *Hypp. conſ. 8. n. 25. Bart. & alij vt ſupra.* [12]

Prædicta potiſſimum obtinent, vbi per inquiſitionem proceditur, nam tunc etiam † ex ſuſpicionibus quis torqueri poteſt ad eruendam veritatem. *d. l. f. quæſtion. vbi Bart. n. 1.* dicit iudices ſtultos eſſe, qui ſtatim cum habeant indicia contra reum, cogunt eum ad confitendũ: id quod fieri non debet, ſed adhibẽda ſunt tormenta cum moderamine, & ex iſtis veritatem indagare, & ita inquit, vidi pluries fieri. Refert & ſequitur Pariſ. de puteo. *tr. Syndic. verbo an ſtetur dicto. n. 41. mihi, fol. 327.* Facit, ꝙ quando proceditur per inquiſitionem, fama † ſuccedit loco accuſatoris. *c. qualiter & qn. 2. accuſat. Mar. p. 7. nu. 3.* Regulariter enim nemo ſine † accuſatore damnari debet. *l. reſcripto. §. ſi quis muner. & honor. gl. & dd. l. 2. §. ſi publico. adult.* Quemadmodũ nec Chriſtus deficiente accuſatore damnare voluit. *Ioan. c. 8. Mar. p. 6. n. 6. tr. inquiſit.* Vbi pleniſſime materiam denunciationis & inquiſitionis tractat, quæ denũciatio eſt in triplici differentia. Nam quædam eſt publica, † quædam priuata, quædam Euangelica dicitur, de quibus Mar. *p. 6. t. de deuunciat.* [13] [14] [15] [16]

Sed vt ad caſum præſentem reuertamur, demus nullitatem proceſſus commiſſam, tñ vnica illa reorum exceptio omnium maxime vrget, videl. quod citati offerant & ꝓmittant, ſe porro ſecundũ ordinem iuris & legitimo modo proceſſuros. Nã vel hac ſola exceptione attenta, nõ video, quomodo inſtitutũ proceſſum criminale nullitatis prætextu diutius remorari poſſimus, tum quia iuris, quod tortura indebite facta † à principio nõ vitiat proceſſum ex poſt facto. *Bald. l. 1. n. 4. quæſtion. Pariſ. de put. tr. Synd. c. verſ. an ſtetur. d. nu. 41. fol. mihi. 327.* tum quod vel imprimis meminiſſe oporteat, cauſſam principalem ad noſtram cognitionẽ non pertinere, hoc eſt, an Iudæi accuſati, intẽtati criminis rei ſint nec ne, ſed illud ſolũmodo in noſtra cognitione verſari, an nulliter in iudicio criminali proceſſum ſit. Probata autẽ nullitate proceſſus, cauſſa principalis ad ordinarium proceſſum remittitur, & illi iniungitur, vt porro legitimo iuris ordine ſeruato ꝓcedat. Atq; in præſenti hoc ipſum citati, ſe facturos, pollicentur. Quid igitur reſtat amplius, quam vt vigore ordinat. cum tali appendice, vt legitime porro procedant cauſſam remittamus. [17]

Quare concludo citationes & inhibitiones tanquam ex falſis narratis obtentas, caſſandas, eamq; ad principalem remittendam.

In quarta cauſſa vid. citationis, ad videndũ ſe incidiſſe in pœnas priuilegiorũ, cum ſit acceſſoria ad præcedentes, & acceſſorium † debeat ſequi naturam ſui principalis, ideo ſimiliter pronunciandum, citationem eſſe caſſandã cũ refuſione expenſarum, qua ꝓnunciatione nil derogatur priuilegijs Iudæorũ. Saluo &c. [18]

DEC. V. VOTVM IV.

In Cauſſa Eliſabetha Fleiſchbein / *Contra* Johan Fleiſchbein.

De declaratione ſententiæ.

SVMMARIA.

1. *Appellatione deſerta cauſſa remittitur ad priorem iudicem.*
2. *Camera an poſſit declarare ſententiã iudicum primæ inſtantiæ.*
3. *Iudex ordinarius ſuam ſententiam declarare & interpretari poteſt, non autem alterius, vel prædeceſſoris ſui.*
4. *Fructuum petitio iniqua non eſt, ſed iuri conſentanea.*

5 *In contractib. bonæ fidei etiam accessoria veniunt, & fructus usuræ statim à tempore moræ: in contractib. stricti iuris post litis contestationē.*

6 *Interpretatio multis modis sumi potest.*

7 *Interpretatio est proprie congrua vocabuli significatio.*

8 *Verba sententiæ debent intelligi secundum se, & secundum quod ipsa important, non relationem ad libellum, nisi ad libellum expresse se referant.*

IN NOMINE Domini. Amen.

IN Camera appellatio pronūtiatur deserta, & remittitur ad Iudicem à † quo, pro executione. Nam appellatione deserta dubium non est, quando Iudex primus executionem sententiæ suæ facere debeat. Et non iudex appellationis *per text. ordin. t. 50. §. 6. p. 3. & per l. fin. C. temp. appel. Bart. l. a diuo Pio. n. 15. re iud. Ferrar form. sent. in caussa appellat. verbo caussis. n. 2. cum seq. mihi fol. 199.* Rationē esse puto, quod appellatione deserta iurisdictio ipso iure ad iudicem primum remittatur. *Clem. si appellationē appellat.* Rectè itaq; à iudicibus primæ instantiæ executio sententiæ, quæ transiuit in rem iudicatam, propter desertionē petita est, atq; etiamnum petitur.

Cæterum quia inter partes de plena executione controuertitur, iudices † vt euitent pœnam executorialium, partes ad Camer. remittunt, & sententiæ declarationem petunt, vnde submissio nostra in eo versat̄, an Cam. possit interpretari aut declarare sententiam iudiciū primæ instantię? Ego paucis existimarem non posse, maxime in hoc nostro casu, vbi nullam vnquam iurisdictionem in caussa principali habuimus propter desertionem. Nam deserta appellatione ipso iure reuoluitur iurisdictio ad iudicem à quo. *Canon. Clem. si appellationem. per illum text. appel. Bald l. eas. n. 6. C. appel.* Præterea iuris est notissimi, iudicem ordinarium † suam quidem sententiam declarare & interpretari posse, non autem alterius vel prædecessoris sui. *l. ab executore & ibi Bart. nu. 5. & 6. appel. Fel. c. qualiter. l. 1. num. 24. in f. accusat. & Lanfr. in sua praxi. c. 10. nu. 15.* Sed propter partium consensum demus Cameram interpretari posse.

Vidēdum ergo an iuxta petitionem actricis ea declaratio aut interpretatio fieri debeat? In libello primæ instantiæ articulamur 11. Malter siliginis. Item 99. Malter siliginis à tēpore trāsactionis vsq; ad tempus cœptæ litis in prima instantia, ratione retardatæ solutionis. In petitione libelli nihil horū exprimitur, sed in genere damnorum, expensarū, & interesse cōdemnatio petitur. Iudices desuper simpliciter pronunciant, Reus soll schuldig seyn actrici nach lautt jhrer Anspruch zu bezahlen / nulla facta expēsarū aut interesse mētione. Ia post remissionē iudicis primæ instantiæ executionē faciunt, in omnibus bonis libello specificatis, qua exsecutione actrix nō est cōtenta, sed vlterius petit etiam fructus à tempore litis cœptæ vsq; ad tēpus remissionis hic in Cam. factæ: q̄ quidē petitio actricis † non est iniqua, sed iuri consentanea, quia in contractibus bonæ fidei † veniunt accessoria, & fructus † vsuræ statim à tēpore moræ. *l. mora. §. in b. fidei v. obl.* Et ita communiter dd. In contractibus verbo stricti iuris demum à tempore litis contest. *l. cū fundus. si cert. pet. Ias. l. vinum. nu. 18. eod. t. vbi communiter. dd.*

Est itaq; nō iniqua vt dictū est actricis petitio: sed an ad declarationē sententiæ pertineat, dubitationis est? Et sane putarem, quod nō, Idq; ex doctrina Bart. *l. 2. C. sent. ex breuic. recit. n. 4.* vbi distinguit. Aut iudex vult suā sententiam emendare aut interpr̄tari. Si emendare verba tm̄, & potest. *l. actori. R. Iud.* Aut circa substantiā, puta addēdo vel detrahendo & tūc aut circa accessoria. Et tunc potest eodem die addere. *l paulus. R. iudic.* Aut circa alia, & tunc regula est, quod non potest, *per text. d. l. 2. C. sent. ex breuic. Recit.* nisi per viam restitutionis in integrū *t. t. si ad l. 5. rem iudic. Bart. d. l. ab executore. n. 7. ibid.* tradit interpr̄tationē † multis modis adsumi. Quādocunq; inquit interpretatio adsumit̄ pro correctione totali, & istud nō potest facere, nisi solus princeps. *l. 1. in fin. quæstion. l. iudex re iudic.* Quandoquidem interpretatio ponitur pro congrua verbi vel orationis expositione, & ista interpretationem potest facere iudex. *d. l. ab executore,* nihil enim de nouo facit, sed factum declarat. Exemplū ponit, vt si Iudex pronunciasset aliquam violētiam commisisse, poterit postea declarare vtrum intellexerit de publica an priuata.

Nunc ad propositum. Sententia prima aut quæ transiuit in rem iudicatā, nullam fructuū perceptorum aut expensarum facit mentionem, quo pacto ergo nos declarare aut interpretari possumus verba sententiæ quæ non sunt probata? Interpretari non extendere licet. *Bart. vbi sup.* Interpretatio dicitur proprie congrua † vocabuli significatio. *gl. l. 1. verbo interpretationem orig. Iur. Ias. d. l gallus. §. etiamsi parente. n. 1. lib. & posth. Bart. d. l. ab executore n. 7.* Et verba † sententiæ debēt intelligi secundū se, & secundum q̄ ipsa important, non per relationem ad libellum expresse se referant. Ita *Bartol. l. 1. n. 2. circa f. C. si plur. vna sententia fuer. alleg. l. f. Cod. sentent. quā sine certa quantitate.* Atqui hic nulla fit ad libellum relatio, igitur non potest fieri extensio. Imo ne in libello quidē horum fructuum fit mētio: generalis est petitio expēsarū damnorū & interesse.

Hoc

Hoc quod speciatim in libello deductum est, adiudicatum actrici, igitur generalem illam sententiam generaliter quoq; accipiẽdam esse. Concludo, & interpretationi petitæ locum non esse dico. Saluo &c.

Alij considerãt petitionem libelli, quæ habet annexam accessionem fructuum. *l. ait pretor. §. si iudex. re iudic.* Ideo sententiam referẽdam ad petitionem libelli, & fructus petitos adiudicandos. Et ita maioribus votis contra me fuit conclusum & pronunciatum.

Sententia.

In der Execution sachen Elisabeth Fleischbein/ wieder Johan Fleischbein/ ist erkandt/ daß gedachter Johan Fleischbein beschehener Einrede vnuerhindert/ jhr Elisabethen das hinderstellige auß Zinssen vnnd Pension/ von zeitten erster Instantz beschehener Kriegsvestung/ biß vff Zeit ahn diessem Keys. Cammergericht denn 16. Junij verschienenen Jhars ergãgen Vrtheils auch zu verrichten vnnd zubezahlen schuldig sey.

DEC. V. VOTVM V.

In Caussa H. Clemens Bischoffen zu Heiligberg/ *Contra* Hern Eytel Hern zu Festeburg.

In puncto sententiæ executionis.

SVMMARIA.

1. *Alienatio feudi sine cõsensu domini facta nulla est ipso iure.*
2. *Dominus directus habet rei vindicationẽ contra quemcunq; possessorem vel detentatorẽ, non obstante præscriptione.*
3. *Liquidatio fructuum quomodo fieri debeat.*
4. *Feudum est contractus stricti iuris.*
5. *Accessoria, vt fructus, vsura, interesse, nõ veniunt statim à tempore moræ in contractib. stricti iuris, sed demum a tempore litis contestatæ, secus in contractibus bonæ fidei.*
6. *Possessor bonæ fidei per litis contestationem cõstituitur in mala fide, & ad restitutionem vniuersorum fructuum tenetur.*
7. *Pensiones prædiorum tam rusticorum quam vrbanorum pro fructib. accipiuntur.*
8. *Vectura seu pensio, quæ haberi potest ex locatione nauis, fructus ipsius nauis esse dicitur.*
9. *Fructus in multiplici sunt differentia.*
10. *Fructus ꝑprie dicuntur, quæ supersunt deductis impensis, quæ fiunt quærendorũ, colligendorum & conseruandorum fructuum gratia.*
11. *Præsens, si non contradicendo actum, quem potest impedire, tacendo non impedit, absq; omni limitatione consentire videtur.*
12. *Pertinentiæ de iure non solum probantur per expensas, sed etiam per tacitas partium assertiones.*
13. *Pertinentiarum nomine intelliguntur tantũ, quæ statuto, consuetudine, vel lege deputata sunt, vt sint pertinentiæ.*
14. *Pertinentiæ non præsumuntur.*
15. *Dominij probatio est difficilis. Ad Dominium pertinentiarum probandum liquidissimæ probationes requiruntur.*
16. *Pretium æquum est, quod constituitur communi & publico totius ciuitatis consensu, non ex singulari aliqua affectione.*
17. *Æstimatio rei optime probatur per librum publicum, in quo scribuntur res, & earum valores.*
18. *Iudex in materia moræ vsque ad sententiam debet inspicere illud tempus, quod est vtilius creditori moram passo, & est magis damnosum creditori moroso.*
19. *Mora in non liquidis non committitur.*
20. *Iudicium reale transfertur in heredem post litis contestationem.*
21. *Intra fines quod est, præsumitur quoad iurisdictionem domini finium.*
22. *Res præsumitur esse allodialis.*

IN NOMINE Domini. Amen.

TRES sunt submissiones. I. In pũcto executionis caussæ principalis, daß Dorff Rumhin belangendt. II. In puncto liquidationis fructuum. III. In puncto expensarum.

Quod ad primum attinet, multifariam cõtra executionem sententiæ definitiuæ 10. Febr. anno 48. anno 61. excipitur. Sed paucis concludo, eas exceptiones in duplicis & conclusionibꝰ actoris optime refutatas esse. Quod autem contra vtrumq; dominum Eytel/ scilicet, & Casparum iudicium cæptum sit lis contestata, sententia definitiua lata, hoc ideo factum, quia tunc tẽporis vterq; pagum litigiosum pro indiuiso possidebat.

Nunc

Nunc vero, quia Reus solus d. pagum possidet, & in ius sui parentis successit, qui ex diuisione d. pagum solus quoque possidebat, dubium non est, quando contra Reum executio quoq; fieri debeat. In rem enim actū est directa, sc. rei vendicatione proper alienationē feudi sine consensu directi domini factam. Igitur ab omnibus, qui tenent & habent restituendi facultatem, res peti potest. *l. officium §. deniq. in fi. R. vend.* Notiss. enim iuris est † alienat. feudi sine consensu domini factam, nullā esse ipso iure. *c. 1. prohib. feud. alien. p Frid.* dominumque † directum rei vendicationem habere cōtra quēcunq; possessorem, vel detētatorem, non obstante præscriptione. *c. 1. prohib. feud. alien. per Frid. Aluar. c. 1. §. praterea. n. 1. leg. com. Ias. in pra:ud. feud. n. 33. cum seq.* vbi de genere actionis ad longum differit.

1 2

Non obstat etiam allegata exceptio, quod Reus domini Caspari heres hereditatis non sit, sed tantum sanguinis, & quod tanquam agnatus proximus proprio, suoq; iure ex pacto sc. & prouidentia primi acquirentis ad dominatum peruenerit. *per text. c. 1. & ibi communiter feudistæ. ff. agn. vel fil. Dec. cons. 78. n. 4. Paris. cons. 23. vol. 1. per tot. & cons. 25. n. 3. & 26. cum seq. vol. 3.*

Quia ista exceptio de iure maxime releuans esset, si pagus Rumhin feudū dominatus fuisset. Sed contrarium ex sententia & re iudicata Cameræ liquidò constat, quod sc. non dominatus, sed Heiligbergense feudum fuerit semper, & etiamnum sit. Quapropter cum Reus notorie rem non suam, non feudalem, in qua ratione originis & contemplatione acquirentis, nihil iuris habet, sed prorsus alienam detineat, siue sit successor domini Caspari, siue non sit, siue in solidum sit conuentus, siue pro parte, restituere totum pagum tenetē cum omni sua caussa, id est, vt habeat debitor, quod habiturus esset, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus ille pagus fuisset *l. praterea de Rei vend. l. cum fundus, ibi Ias. n. 4. & 5. si cert. pet. l. restituere. v. sign. l. in condemnatione. §. 1. R. Iur.* Eadem obtinere puto in adiudicando vino Winterbachensi, tanquā feudo Heiligbergensi.

Concludo igitur in hoc puncto, executionem non obstantibus exceptionibus contra Reum in solidum faciendam.

Altera submissio in puncto liquidationis fructuum plus difficultatis propter materiam fructuū habet. In sententia definitiua fructus à tempore litis † contestatæ percepti actori adiudicati sunt. Idq; recte, quia feudum † est contractus stricti iuris ex communi dd. sententia. *Curt. tr. feud. p. 1. q. 9. n. 5. Soc. cōs. 68. n. 6. vol. 1. Ias. in p̄sid. feud. & ibi cōmuniter feudistæ.* At in contractibus stricti iuris reguraliter accessoria vt † fructus, vsuræ, & interesse, non veniunt statim à tempore moræ seu extra iudicialis interpellationis, sed demum à tempore lit. contestatæ. *d. l. cū fundus l. 2. & l. videamus 2. § si act. vsur. Bald. l. si plures n. 10. condit. insert. quē vide.* Secus vero est in contractibus bonæ fidei, in quibus statim veniunt accessoria à tempore moræ seu interpellationis extraiudicialis. *per text. l. mora 32. §. in 6. fide vsur. Bart. l. si filius fam. §. 1. n. 4. v. obl. & ibi cōmuniter dd. Ias. d. l. vinum n. 18.* vbi tradit rationem differentiæ cū suis limitationibus. Et habetur singularis limitatio *in d. l. videamus. 2.* quoniam etiā in cōtractibus stricti iuris accessoria veniunt à tēpore moræ.

3 4 5

Accedit, ꝙ per litis contestationem bonæ fidei † possessor constituatur in mala fide, & ad restitutionē vniuersorum fructuum teneatur, *l. certum C. R. vend. c. grauis, vbi Panorm. de rest. spol.* Est materia *§. si quis à non domino Inst. rer. diuis.* Videndum igitur, quid in hoc puncto liquidationis probatum. Actor 8. Iunij Anno 56. iudicialiter exhibet designationem fructuum, in qua articulatim designat & ponit quasdam pensiones annuas, tanquam fructus ciuiles & pertinentias d. pagi Rumhin. Nam † pensiones prædiorum, tam vrbanorum, quam rusticorum pro fructibus accipiuntur *l. prædior. vrbanorum vsur. leg. lecta in f. si cert. pet.* Quemadmodum & vectura † seu pensio, quæ haberi potest ex locatione nauis, fructus ipsius nauis esse dicitur. *l. si nauis R. vendit. l. domum. C. eod. Henning. cap. 17. nu. 7. Pan. d. c. grauis. n. 3.* Notum autem est fructus † in multiplici esse differentia, *prout not. gl. l. ex diuerso. vers. non habendam. R. vend. vbi Bart. & communiter Dd. Panor. d. c. grauis n. 3.* Hæ ergo pensiones annuæ cum sint fructus ciuiles, tanquam accessiones veniunt à tēpore litis cōtestationis in iudicijs stricti iuris, *vt supra. d.* Et quoniam propriè fructus dicuntur, † quæ supersunt deductis impensis, quæ fiunt q̄rendorum, colligendorum & conseruandorum fructuum gratia. *gl. d. c. grauis verbo fructus.*

6 7 8 9 10

Videndum an aliquas impensas fructuum quærendorum gratia fecerit, quas ante deducere poterit. Nam prædicta regula quod proprie fructus dicantur deductis necessarijs impensis, non solum obtinet in bonæ fidei possessoribus, sed & malæ fidei etiam possessoribus seu prædonibus. *l. 1. C. fructibus & lit. expēs. gl. d. c. grauis verbo fructus.* Nam nullus casus interuenire potest, qui hoc genus deductionis impediat, *vt ait text. l. fundus qui fam. ercisc. l. fructus sol. matr.* Fallit tamē d. regula in vno casu, nimirū casu. *c. tua Decim. Henning. pulchre d. cōs. 17. p tot.* vbi d. regula limitat. Sed breuiter concludo, nihil impensum esse. Hi enim fructus cum sint ciuiles, & nullam culturam requirant, veniantque tanquam pertinentia d. pagi, Rumhin sine aliqua deductione plene restituendi sunt, *iuxta leg. restituere V. sign. d. l. præ-*

d. l. praeterea R. vend. Superest ergo, vt videamus de liquidatione fructuum.

Et quantum attinet ad 1. 2. 3. designatorios art. illi in confesso sunt, ex quo Reus non excipit, neq; contradicit. Quoties enim quis

11 praesens contradicendo † actum aliquem impedire potest, & tacendo non impedit, tum absq; omni limitatione consentire videtur. Ita infallibiliter procedit reg. *c. qui tacet. R. Iur. in 6.* vbi Dynus hoc multis exemplis confirmat. Atq; hoc nostro casu Reus in contradictorio iudicio per procuratorem ad litē semp praesens fuit actumq; contradicendo semper impugnare potuit, quemadmodum etiam cōtra ceteros art. excepit, de quibus mox dicetur. Cum vero hoc non fecit, sine omni dubio intelligitur tacendo hos fructus confiteri. Quibus accedit, quod pertinentiae de iure non so-

12 lum probantur † per expensas, verum etiam per tacitas partium adsertiones. *per not. l. optimam. C. contrah. & comm. stip. leg. cum alijs C. Iu. delib. Bald. cons. 420. n. 2. vol. 1.* Quare concludo articulatas 1. 2. 3. annuas pensiones tanquam accessiones pagi Rumhin, sufficienter probatas esse.

Sequitur 4. designatorius artic. nempe ratione 30 Flor. so Jährlich von dem Mansgutt gefallen/ Reus in duplicis 30. August. Anno 60. exhibitis contra hunc art. expresse excipit, negatq; illam pensionem pertinere ad pagum Rumhin, sed pertinentias esse Castri Cassell, & in vim probationis exhibet literas emptionis in originali cū copia litera A. quae continet venditionem factam per 600. Flor. quae summa computatis quinque in singula centena constituit annuum reditum 30. Flor. ita quod Reus, quoad istum reditum, praesumptionem libertatis pro se habeat, donec actor contrarium probet. Contrarium autem non probasse concludo. Non enim sola & nuda contradictio sufficit, quoties de dominio & proprietate pertinentiarum contenditur, sed liquidissimis probationibus opus est. Proprie

13 vero † pertinentiarum nomine intelliguntur tantum, quae statuto, consuetudine vel lege deputata sunt, vt sint pertinentiae. *Innoc. c. cum ad sedem Rest. spol. quam omnes alleg. Bald. d. cons. 420. n. 5. Bartol. l. 1. n. 3. Dam. inf.* Non ergo †

14 praesumuntur pertinētiae nisi probentur. Nam facto opus est, quod scilic. voluntate patris fam. destinatae sint ad pagum vel castrum aliquod, vt sint eius pertinentiae. *Innoc. d. c. ad sedem. Bald. d. cons. 420. nu. 5. & cons. 468 p. 3. fac. l. locus v. sign.* & sic cum de dominio pertinentiarum probandum est, liquidissimae probationes requiruntur. Hinc est, quod dicitur, do-

15 minij † probationem esse difficilem. *gl. l. etiam §. 1. verbo deberet dari pet. heredit. Boer. decis. 42. n. 28. p. 1.*

Quare concludo actorem hunc 4. art. non sufficienter liquidasse, reseruando tamen illi in futurum suas probationes quoad hunc articulum. Quoad 5. art. scilic. 54. Flor. pro 54. Mallter siliginis. Reus in exceptionibus 14. Ianuarij Anno. 58. exhibitis fatetur 20. Mallter & zehenthalb Mallter auenae. Impugnat autem 20. Mallter/ quod non pertineat ad d. pagum Rumhin, sed ad Castrum Cassell, & similiter in vim probationis exhibet quaedam originalia documenta cum copijs, litera B. C. D. & E. quae cōtinent emptionem d. 20. Mallter/ & reluitionem dominorum, Anno 36. factam.

Putarem ergo confessatos fructus actori adiudicari posse, nempe 20 Mallter siliginis, & zehenthalb auenae. Quoad residua, iniungerem actori vlteriorem probationem, eo quod praesumptionibus tantum nitatur, scil. quod ratione maioris partis bonorum & fructuum commodorum in certo loco existentium, in caeteris fortis insurgat praesumptio *per not. Aluar. c. 1. contr. int. masc. & foem. c. 1. §. cum autem & ibi Dd. communiter inuest. Henning. cons. 17. n. 1.* vbi de nominibus collectiuis quid important. Atq; in causa liquidationis quando de dominio adiudicando agitur, non praesumptionibus, sed liquidissimis probationibus opus esse supra dictum est.

Restat vlt. art. sc. 6. de aestimatione adiudicati vini zu Winterbach. Hunc art. reus non impugnat tanquam pertinentias ad feudum Heiligbergense, neq; id potest, cum sit res iudicata, sed tantum moderationem designatae aestimationis petit, quod actor vltra iustum pretium d. vinum & omnino secundum communem valorem aestimarit contra *l. precia R. ad l. Falcid.* quam l. ibid. Bartol. dicit aureis literis scribendam esse.

Sed breuiter meo quidem iudicio, nullam iniquitatem factae aestimationis video, neque enim summum, neq; infimum, sed quod inter vtrunque medium est precium petitum, non secundum singularem affectionem, † sed 16 communem & publicam ciuitatis aestimationem Statt NN. vt ex literis magistratus eius loci sub sigillo publico videre est, in actis n. 87. quibus literis plena fides adhibenda est.

Cum aestimatio vini singulorum annorum ex libro publico desumpta sit, optime enim aestimatio † rei probatur per librum publicum, 17 in quo scribuntur res & earum valores. *l. fin. C. predijs & rebus nauicul. lib. 11. Alex. l. precia rerum n. 7. ad l. falcid. & ibi Bartol. §. 1.* tradit practicam probandi aestimationem alicuius rei, & quando per testes probetur, vide Panor. *c. cum causa per tot. Test. Alex d. l. precia n. 5. & 6.* siue igitur spectemus tempus litis contestatae, sc. anni 38. communis vini valor fuit 18. Flor. tempore vero iudicatae rei sc. anno. 42. Ist kein Auffschlag gemacht worden.

Anno

Anno vero sequẽti preciũ commune fuit, 24. flor. Accedit, quod tradit Angl. d. *l. in hac n. 2.* quod in materia † moræ Iudex vsq; ad sentẽtiã debet inspicere illud tempus, quod est vtilius creditori moram passo, & magis damnosum debitori moroso, *not. dd. l. vinum. si cert. pet.* Potest tamẽ Reus quoad æstimationem à mora excusari, cum † in non liquidis non committatur. *Angl. d. t. in hac. nu. 7. cõdicl. tritic. Affli. decis. 205. per tot.* Concludo ergo reum secundum actoris æstimationem ad restitutionem vini adiudicati condemnandum.

18

19

Sed nunc rursus oritur difficultas in puncto liquidationis fructuum an Reus solus cõdemnari debeat ad restitutionem omnium fructuum à tempore litis contest. perceptorum. Dubitationẽ facit, q̃ Casparus Dominus tempore litis contestatæ pagum litigiosum adhuc pro indiuiso percipiebat. Vnde quia Reus non est factus locupletior, quoad illos fructus, consequens esse videtur, quod ad eorũ restitutionẽ non teneatur. Sed paucis. Non video, qua ratione posset excusari ab illis fructibus. Nam cum ipse in ius Caspari successerit, quoad hunc pagum non feudalem, ipsiusq; personam repræsentet, puto illum quoque condemnandum fore, non obstantibus exceptionibus ad restitutionem omnium fructuum liquidatorum & perceptorum ante litis contestationem. Et ad probationem eius repeto, quæ dicta sunt supra de herede hereditatis, & herede sanguinis & agnationis.

Præterea in rem actum est, igitur rem cum omni sua causa, quam possidebat, restituere debet, *d. l. cum fundus si cert. pet. l. preterea R. vend.* Nam & iudicium † Reale transfertur in heredem post litis contestationem, *l. si cum re. R. vend. l. si in rem d. t. & ibi gl.* Vnde cum litis contestatio sit facta cum Dom. Casparo, & patre rei, concludo omnes fructus à tempore litis contestatæ perceptos, reum non solum præstare, sed etiam restituere debere.

20

Restat vltima submissio in puncto expensarum, quæ cum nullam habeat difficultatem, & ex superioribus decisa quoq; sit, concludo omnes expensas reum refundere debere.

Damnorum & interesse nulla facta est mẽtio & liquidatio, ideo illa silentio prætermittam. Expensas in omnibus punctis compensarem. 1. Quia controuersia est inter viros principes. 2. Quia actor omnes fructus designatos nõ liquidauit vigore sententiæ definitiuæ, & Reus quasdam exceptiones releuantes in puncto designationis posuit. Saluo. &c.

Sententia.

IN Sachen H. Clemens Bischoffen zu Heiligberg Cläger/ wider H. Eytel Herrn zu Festeburg Beclagten/ Rumhin belangendt/ in puncto exceptionis principalis caussæ, ist erkandt/ daß gedachter Beclagter das Vrtheil den 10 Februarij. Anno 42. ergangen/ beschehener Einredt vnuerhindert ein vollkömene Genüge thun sub comminatione nisi, daß als dann auff gemeldts förmlich Anruffen ergehen soll was Recht ist. Vnd dann in puncto designationis fructuum, daß gemelter Beclagter/ die jhm 1. 2. 3. Art. Nutzüg Zinß vnd pensiones, deßgleichen 20. Malter Korns/ vnd zehendthalb Haffern/ auß den 24. Malter jhm fünfften. Item benendt/ auch 16. Flor. für jedes Fuder Weins jhm sechsten. Item, Vermelter beschehener Einrede vnverhindert zu entrichten vnnd zubezahlen schüldig sey/ als wir jhnen auch hiermit darzu condemniren vnd verdammen. So viel aber den 4. vnd die vbrige 5. Item angezogene Nutzung belangendt/ ist der Beschaid/ so ferrn gedachte Cläger/ dieselbe wie sich vermöge der Rechtẽ gepühret/ genugsam beweisen wird daß solches gehört werden/ vnd ferner darauß ergehẽ soll/ was Recht/ auch jhm andere vñ fernere Weg seine Zugehörũg zubeweissen hiemit vnbenommen/ sondern hiemit vorbehalten. Letzlich in puncto expẽsarum ist der Beschaidt/ daß viel gemelter Beclagter beschehener Einredt vnuerhindert/ die inn der Vrtheil den 12. Octob. Anno 58. ergangen/ taxirte Costen/ völlig zu erlegen vnnd zubezahlen schüldig sey/ die Gerichtscosten dieser Puncten allenthalben auffgelauffen ex causis mouẽtibus gegen einander compensierendt vnd vergleichendt.

Additio.

LIcet fundus sit intra territorium meum, tamen non præsumitur feudalis, etiamsi ego nesciam ostendere, vnde habuerim ex communi dd. doctrina maxime Innoc. *c. nimis Iureiur.* vbi voluit illud, quod est intra † fines præsumi, quoad Iurisd. domini finium, non quoad dominium, aliâs in dubio præsumerentur omnia esse principis quoad dominium contra regulam, quod res † præsumitur allodialis. *Ita Boß. t. de principe. n. 242. cum seq. quẽ omnino vid.*

21

22

DEC.

DEC. V. VOTVM VI.

In Caussa Volhard Schutz/
Contra
Herman Stegreiff.

Executio an & quando impediatur per Exceptionem paupertatis seu spolij & compensationis.

SVMMARIA.

1. *Filij & heredes demortui appellantis, an teneantur parere exsecutorialibus.*
2. *Exceptiones post sententiam superuenientes post sententiā opponi possunt, & admittuntur coram iudice competente, non coram exsecutore. nu. 3.*
3. *Vitium exsequentis, comparatione aufertur.*
4. *Appellatione pendente nihil mouendum vel tentandum.*
5. *Exceptio spolij an post sententiā opponi possit.*
6. *Exceptio spolij regulariter ante litis contestationem opponi debet.*
7. *Exceptiones peremtoriæ post sententiam non opponuntur.*
8. *Contrarium. nu. 9.*
10. *Victori non licet propria auctoritate exsequi, nec ante obtentam sententiam vim committere.*
11. *Spoliatus non potest conueniri actione ciuili, obstante exceptione spoliationis, inopiam cōcludente.*
12. *Impossibilium nulla est obligatio.*
13. *Exceptio cessionis bonorum contra exsecutionem opponi potest.*
14. *Actio propter impotentiam debitoris in soluendo redditur inefficax, & differtur vsq; dum soluendo fuerit.*
15. *Reus si non est soluendo, fit computatio pœnæ pecuniariæ in corporalem.*
16. *Exceptio cōpensationis opponi potest post sententiam, quando debitum est liquidum. Fallit in debitis illiquidis. ibid.*

IN NOMINE Domini. Amen.

LATA est sententia definitiua confirmatoria in Cam. cum condemnatione Expensarum Anno 43. 4. May. Expensæ taxatæ. 28. Aprilis Anno 50. auff 71 Flor. 52 Kreutz. Executoriales emanatæ & reproductæ in cōmuni forma 7. Octobr. anno 56. Quæritur an appellātis † demortui filij, & heredes teneantur parere executorialibus? & dubium nō est, quod sic. *l. 2. C. execut. rei iudic. l. à diuo pio Re iudic.* nisi allegēt caussas rationales, quare nō teneātur parere, veluti exceptiones post sententiā superuenietes. Huiusmodi enim exceptiones etiam post sentētiam † opponi posse. *l. 1. & ibi communiter dd. C. re iudic. Bart. l. fin. C. si ex falso instrum.* Et † admittuntur corā iudice cōpetenti, non corā executore. *Specul. t. ∂ execut. sent. §. f. n. 11. & ibi apost.* Regulariter quoq; exceptiones, quæ opponūtur post sententiā, nō contra sententiam, sed contra actionē primā, impediunt executionē, prout hoc late distinguendo declarat. Bart. *d. l. fin. C. si ex fals. instrum.*

Itaq; in præsenti de exceptionibus appellātium videndum. Quatuor autē potissimū contra executoriales obijciunt, cur ijs parere non possint, nec teneantur, quarū prima est, executionis executorialiū nō recte factæ: altera spolij: tertia paupertatis, vltima compensationis.

Quoad primū, illa partē nō releuat, quia fatentur excutionē ad earū notitiā peruenisse, & sic vitium † exequentis, q; scil. non fuerit Notarius immatriculatus, comparatione sublatū fuit. *Clem. caussam. in f. elect. Alex. l. de pupillo. §. meminisse. n. 2. & ibi Apost. nou. op. nunc.* Cū enim executoriales annexam habent citationem, & citatio illegitime facta, si ad notitiā citati peruenit, perinde arctat citatum vt legitima. *d. Clem. caussam,* ideo sequitur primā illam exceptionem nihil momenti habere. Altera exceptio vehementer obstare videtur.

Notiss. enim iuris est, appellatione † pendēte nihil esse vel innouandū vel attentandum. *tot. tit. nihil. in nou. pend. app. & t. 1. vt lite. pend.* Per applicationē enim à definitiua suspēditur executio, & manus vtriq; tam iudici quam parti clauduntur. Nunc in præsenti allegatur spolium cōmissum ab ipso appellato anno 42. & sic caussa appellationis adhuc in Cam. pendente, quia anno 43. lata fuit definitiua. Vnde dubium non est, quādo appellatus inciderit in pœnam constitutionis. *l. si quis in tantā. C. vnde vi l. extat. quod met. caussa.* Si † ante sententiam definitiuam talis exceptio fuisset opposita.

Cæterum an opponi possit d. exceptio spolij post sententiam in executione in eo consistit non parum difficultas. Exceptio enim dilatoria est. *gl. c. 1. rest. spol. in 6. Innoc. & Ioan. Fel. in c. 2. ord. cognit.* & ideo † ante litis contestationem regulariter opponi debet. *l. f. C. except. l. peremptorias. C. sent. resc. non posse. l. Pomponius. §. ratihabitionis procurat. Guido decis. 275. n. 4.*

Et dato etiam, quod peremptoria esset, tamen adhuc non posset opponi in executione 8 quia post sentētiam peremptorie † exceptiones non opponuntur. *d. l. peremptorias.* Fallit in nouem casibus per Spec. *t. de except. & replic.* §. *dicto n. 14.* inter quos non recensetur exceptio spolij.

Firma igitur subsistit regula, in casibus non exceptis, scilicet, peremptorias exceptiones opponi non posse post sententiam. *l. quaesitū. §. deniq. feudo instrum. l. in his ll. Affl. decis. 239. n. 3. Alex cons 32. vol. 7. n. 4.* Et hoc in specie in exceptionib* spolij tenet Imm. *c. nouit. § fin. appel.*

Istis tamen non obstantibus, putarem hanc exceptionē posse quandocunq; etiā post sen- 9 tentiam † in executione opponi idq; per text. *d. l. si quis.* Nā illa lex non tantū procedit, si quis ante vel post litis contestationem spolium cōmittat, verum etiam post sententiam ante le- 10 gitimam executionem. Non enim licet † victori propria autoritate exequi *l. miles. § qui indicati. re iudic. Bart. Zas. & alij ibid.* multo minus ante obtentam sententiam vim committere. Et hanc sententiam confirmat Pan. *d. c. nouit. n. 8. appell.* idque quibusdam rationibus, *vt ibi per eum.*

Cōcludo ergo exceptionē spolij etiam post sententiam in executione opponi posse.

Tertia exceptio paupertatis, scilicet, si illa ex spolio deriuetur, similiter potest opponi in executione. Omnibus enim bonis spoliatus 11 non potest † conueniri actione ciuili, obstante exceptione spoliationis inopiam concludente. *Ita Panorm. c. olim. 2. in pr. rest. spol. per* 12 *ill. text.* Ratio est, quia † impossibilium nulla est obligatio, naturalis quidem. *l. impossibi-* 13 *lium. R. Iur. c. nemo potest. extra eod.* Hinc † est, quod exceptio cessionis bonorum contra executionem opponi possit. *l. 2. C. qui bon. ced. poss. & ibi DD. Angl. §. f. inst. act. Spec. t. execut. sent. §. f. num. 3. inf. & ibi apost.* Atqui in nostro casu appellantes heredes allegant, se omnibus, qui appellarunt, spoliatos, & sic ad extremam paupertatem redactos, ita quod executorialibus parere non possunt.

14 Nam propter impotentiam debitoris † in soluendo actio redditur inefficax in effectu, & differtur donec debitor fuerit soluendo. *d. c. olim & ibi Pan. num. 2. l. nam is dolo.* Et praedicta procedunt in ciuilibus, vt dixi, secus in criminalibus ad vindictam. Nam tunc, si † Reus 15 non est soluendo, fiet commutatio in poenam corporalem. *l. f. C. in ius voc. Pan. d. c. olim. nu. 2. Angl. Zas. & communiter dd. d. §. f. inst. action.* Quare concludo hanc exceptionē releuātem esse.

Vltima exceptio, scilicet, † cōpensationis si- 16 militer opponi potest post sententiam, quando debitum est liquidum. *l. f. C. compens. Bart. l. aufertur. §. qui cōpensationem in pr. iur. fisci* quā sequuntur communiter dd. excepto Bald. *vt refert Alex cons. 61. in pr. vol. 3.* Caeterum si debitum adhuc sit illiquidandum, & in continēti liquidari non queat, sed requirat altiorē indaginem, tunc contra debitum liquidatū post sententiam opponi & executionem impertire non potest. *d. l. fin. C expēs. Alex cons 93. vol. 4. & d. cons. 61. vol. 3.* Ratio quia executionis processus est summarius, & in executione sententiae non adhibetur, nisi summaria cognitio. *l. à diuo Pio. § si super rebus. re indic.* Et ideo non suspenditur per exceptionem requirentem altiorem indaginem. *d. l. f. l. 3. §. ibid. ad exhibend. Bart. ad d. l. fin.* Nunc in proposito debitum & interesse propter spolium est incertum, nec per sententiam Ducis Iuliae liquidatum, sed demum liquidandum, quia liquidatio non potest fieri in continenti, sed requirit altiorem indaginem, vnde concludo hanc exceptionem non posse executionem impedire, sed priores duae paupertatis & spolij sufficerent ad impediendam executionem, si appellantes non allegassent litis pendentiam super spolio. Nam in 6. art. ponunt caussam spolij coram consiliarijs ducis Iuliacens. pendere, aut potius decisam esse. Et in 28. art. fatentur ipsorum interesse lōge superare taxam expensarum Camerae. Non video ergo, qua ratione possimus diutius executionem suspēdere, & ideo reiectis articulis executionem iniungerem. Compensatis expensis. Saluo &c.

DECAS V. VOTVM VII.

In Caussa Herrn zu Liechtenfelß/
Contra
Nobiles die Wessen.
Exsecutionis & Reuisionis.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Reuisio semel deserta amplius non competit.*
2 *Reuisionis beneficium & remedium perpetuum non est, sed suos certos fines & limites habet.*
3 *Supplicandi licentia biennij metas an iure habet, vltra quas non extenditur.*
4 *Exsecutio de iure communi pendente reuisione non excutitur.*
5 *Appellandi siue reuidendi licentia protrahit lites in infinitum, & est Imperio perniciosa, tollit rerum iudicatarum auctoritatem, & infringit tribunal Caesaris.*
6 *Ab interlocutorijs in processu reuisionis latis appellare licet.*
7 *Camera, Caesaris & omnium statuum Imperij personam repraesentat, & ordinariam à lege iurisdictionem habet non delegatam.*
8 *A vicarijs Caesaris appellari non potest.*
9 *Appellatio ab eodem ad eundem non valet.*
10 *Argumentum à maiore ad minus negatiue firmissimum est.*
11 *A sententijs reuisorijs, interlocutorijs appellare non licet, & ratio ibid. nu. 13.*
Appellans absq; grauamine friuole appellatur.
12 *Reuisionis requisita.*
13 *Depositio pecuniae semper praecedere debet reuisionem, & non subsequi.*
14 *Appellationis caussa immediata est grauamen.*
15 *Sententia à qua in rem iudicatam transit, atque exsecutionem paratam habet.*
16 *Designatio personarum Reuisorum an etiam parti dari debeat.*
17 *Praesumptio stat pro sententia, quādo iuris ordine rite seruato processum est.*
18 *Appellans, sed non debito modo, nec secundum formam iuris, scil. in scriptis cum expressione grauaminis illati, perinde est ac si non appellaret.*
19 *Paria sunt non esse, vel esse, sed nulliter & minus Canonicè.*
20 *Appellatio ab interlocutoria iudicis officium nō suspendit, nisi iudici fiat legitima & Canonica inhibitio.*
21 *Iudex, qui apostolos de lit refutatorio non obstante appellatione, ad vltima procedere potest, nisi sibi inhibeatur.*
22 *In appellatione ab interlocutoria iudici à quo grauamina exhibenda sunt.*
23 *Grauaminis caussae cur sint exprimendae.*
24 *Reuisionis legitimum tempus obseruandum.*
25 *Reuisio exstinguitur, si non appelletur debito tempore.*
26 *Forma non seruata, actus ipso iure est nullus.*
27 *Statutum, si certum tempus praefigit ad producendum aliquid, post lapsum tempus, non debet amplius audiri.*
28 *Tempora petendae appellationis, petendi apostolos, introducendae appellationis, sunt fatalia, & ijs elapsis sententia ipso iure transit in rem iudicatam, & appellatio pro non interposita habetur.*
29 *Tempus denunciationi; interpositioni & persecutioni reuisionis a Camera praefixum strictissime obseruandum.*
30 *Cautionis praestatio fit ad instantiam partis.*
31 *Vsufructuarius suos facit fructus, etiam nondum praestita cautione de vtendo arbitrio boni viri, aut restituendo.*
32 *Vsufructuarius ante omnia cautionē praestare debet, scil. si fuerit petita.*
33 *Cautio petita si non praestetur à fructuario, nō facit is fructus suos.*
Exsecutionis processus qualis & quis, à nu. 29. vsq; ad 32.
34 *Exceptiones contra inhibitionem quales & quae.*
35 *Possessorium iudicium cū petitorio nihil habet commune.*
36 *Spoliatus ante omnia restitui debet, non attēta exceptione dominij aut proprietatis.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVONIAM Dñs à Liechtenfels à sententijs quibusdam interlocutorijs in Camera in exsecutionis processu latis, ad reuisionem prouocauit, videndū erit de duobus potiss. 1. *An Camera nō obstante domini à Liechtenfels praetensa appellatione ad exsecutionem sententiae definitiuae procedere potuerit?* Alterum *si potuit an recte processum sit?*

De Primo.

QVo ad primum, notorie constat, interpositam in caussa principali Reuisionē culpa domini à Liechtenfels extinctam plane, compositam † & desertam esse, cum per ipsum steterit, quominus ea debito & praefinito ex ordinat. tempore effectum suum acceperit, & nullo modo per D. Assessores, qui ad euitandam omnem detrectationis suspicionem, sine omni exceptione temporis & personarum, vltro se reuisorum cognitioni subiecerunt, vti ex actis reuisionis plenissime videre est, ad quae breuitatis gratia adsessores se referunt. Plane non dubito, etiam Caesari, & statibus, fidelissimam quoque eorum omnino relationem esse factam. Non enim reuisionis † beneficium, & remedium perpetuum est, sed suos certos in ordinat. limites & fines habet, quos ad vnguem seruare necesse est. Sicut etiam † supplicandi licentia biennij metas in iure habet, vltra quas non extenditur, *Auth. quae supplicatio & ibi communiter DD. C. precib. imp. offer.* Damnum igitur, quod sua culpa

Dominus à Liechtenfels sentit, sibi imputet. *c. damnum. de reg. iur.* atque hanc desertionem culpa domini à Liechtenfels commissam prætensa appellatio à decreto reuisorum interposita nulla ratione excusare poterit.

Primo, quia nihil facilius esset, quam in processu Reuisionis ad differendam executionem (quæ tamen de iure communi pendente † reuisione non suspenditur. *d. auht. quæ supplicatio*) quæsito aliquo fucato grauaminis colore appellationem interponere; & hoc pacto summi consistorij sententias, earũque executionem illudere, adeoque † litem in infinitum, contra ius, ordinationem, & omnẽ æquitatem protrahere. Res profecto exemplo perniciosa, & à statibus diligenter ad animum reuocanda, quorum maxime omnium interesse debet, ne huiusmodi inaudita exempla ab inferioribus, etiam plebeiæ & infimæ conditionis hominibus, in consequentiam magno Reipl. malo trahantur. Quæ esset tandem rerum iudicatarum autoritas, si talis appellandi licentia & temeritas in Imperio, in summo tribunali Cæsaris, in omniũ statuum iudicio tolerari deberet? Quibus accedit, quod assessoribus quoque præsertim iam absentibus & adsessoratus officio cum laude defunctis, graue admodum esset, si ad arbitrium cuiuslibet, sine discrimine temporis & loci, contra ius commune, contra dispositionem ordinationis, & omnem denique rationem huic reuidendi necessitati in perpetuum & infinitum subiacere deberent. Et vt propius ad rem accedamus, dominum à Liechtenfels non excusat à desertione, interposita appellatio à d. sententia interlocutoria Reuisorum. Nam licet ex sententia Phil. Franci. *in c. pastoralis. num. 22. de appellat.* & Decij. *l. pen. num. 36. C. pact.* ab † interlocutorijs in processu reuisionis latis, appellare liceat, vt Dn. à Liechtenfels in suis grauaminibus deducit, tamen illam doctrinam in reuisionibus Cameræ locum habere non existimo. Ratio, quia † Cæsaris & omnium statuum, quorum nomine mittuntur, personas repræsentant, & vnam operam nauant. *text. not. l. 1. in f. C. off. vicar. & ibid. Alber. in f. l. 2. C. off. eius qui vic. alt. &c.* Et sic ordinariam à lege iurisdictionem habent, nõ delegatam. *d. l. 2. in gl. verbo rectorum. in f. Alex. ad rubr. off. eius cui mand. est iurisdictio. num. 16. Mar. p. 4. dist. 5. n. 5. c. cum mult. seqq. Ferrar. in for. act. realis verbo nec non vicario.* Quemadmodum à decreto Cæsaris & statuum, si personaliter præsentes essent, in caussa reuisionis circa processum non posset appellari, ita † nec à vicarijs, per rationem prædictam, cum ab eodẽ ad eundem non valeat † appellatio. *c. Romana. appell. in 6. & ibi gl. Ferr. vbi supra.* Et tale argumentum in iure † à maiore ad minus negatiue firmissimum est. *Euerh. in loco à maiori per tot.*

Et posito, citra tamen veritatis præiudicium, quod à sententijs reuisorijs interlocutorijs † Cameræ appellari possit, vti dominus à Liechtenfels pro fundamento ponit, tamen prætensa appellatio non potuit, nec debuit neque etiamnum potest, aut debet executionis processum impedire, idq; ex rationibus sequentibus.

1. Quod dicta appellatio manifeste & notorie friuola sit, eo quod in nullo grauatus sit dominus à Liechtenfels. Ordinatio n. & sic lex scripta totius Imperij depositionem pecuniæ disertis † verbis ante inchoatum processum reuisionis requirit. Verba clara sunt, *zuuor vnnd ehe solche Reuision fürgenommen*, non demum post designationem personarum reuisorum, post cœptum iudicium, vel in præparatorijs, sed *zuuor vnnd ehe solche Reuision.* Et sic depositio pecuniæ est de forma in actu, vnde semper præcedere, & non subsequi debet. *Affl. decis. 355. num. 5. & 6. cum ibid. alleg.* Cessante † vero grauamine, certum est, appellationẽ friuolam esse, nullumque iuris effectum sortiri debere. *d. c. cum appellationibus. & ibi Franc. in pr. appel. in 6. Mar. part. 6. num. 336. appellat.* Cum † grauamen sit caussa immediata appellationis. *c. vt debitus appell. Panor. c. cum cessante. n. 2. eod. t.* Sed sententiam † à qua, in rem iudicatam transire, atque ita executionem paratam habere *per l. minor armis. & ibi Bart. in pr. Minor.*

Non valet argumentum potissimum domini à Liechtenfels ab adsessoribus ad partẽ, quod scilicet adsessoribus ante omnia data sit designatio personarum Reuisorũ, ideo etiã parti dari debuit, † vt æqualitas seruetur *l. non debet. R. iur. cum simil.* quia de adsessoribus nihil, quod ad depositionem pecuniæ attinet, in ordinatione disponitur, sed quoad partes dispositio clara est, vt ante omnia pecuniam deponant. Ratio diuersitatis proculdubio est, quia adsessores tanquam iudices, à quibus præsumptionem pro se habent, tantisper donec in contrarium aliquid à Reuisoribus statuatur, & reuidendo pronuncietur. Stat enim præsumptio † pro sententia, maxime quando iuris ordine rite seruato processum est. *c. præsentium. 7. q. 1. Panor. c. conquestus. nu. 6. rest. spol.* Et hæc de prima ratione.

Altera ratio est, quia licet appellare potuisset, iustumq; grauamen habuisset, quia tamen non appellauit debito † modo, secundum formam iuris, scilicet in scriptis cum expressione grauaminis illati, perinde est ac si nunquam appellasset. *text. c. cordi. §. quod si appellator. lib. 6. & ibi Franc. num. 1. c. vt debitus. appell. Clem. appellanti. eod. t. Bart. l. eius qui. n. 2. & 8. appel. recip.* Paria † enim sunt non esse vel esse, sed nulliter, & minus Canonice. *l. 2. qui satisd. cog. l. 1. §. quidam quod cuiusq; vniuers. Rota decis. 2. num. 2. & 3. appel. in nouis.*

Neces-

Necessario igitur vel ex hoc vnico argumēto concluditur, sententiam principalem in rem iudicatam transiisse. Reuisionem vero desertā & extinctam esse.

Tertia ratio est. Fingamus (salua veritate) rite & in forma iuris appellatū fuisse, tñ adhuc Camera ad vltima procedere potuisset, idque propter aut non factā inhibitionē. Iuris enim

20 est manifesti, quod per appellationem † ab interlocutoria iudicis officium nō suspendatur, nisi iudici fiat legitima & Canonica inhibitio. *c. non solum. in gl. verbo n. ducendum. & ibid. Anchor. n. 4. appell. in 6. Rota decis. 1. & 2. app. in no-*

21 *uis.* Sicut in simili † iudex, q. Apostolos dedit refutatorios non obstante appellatione ad vltima pcedere potest, nisi sibi inhibeatur. *Clem. 1. dolo & contum. vbi gl. 3. not. & per ea quae D. Ref. late in eam sententiam adduxit.*

Imo in praesenti casu non potuisset Cam. fieri inhibitio, cum non sit appellatum in for-

22 ma debita, scilicet, in scriptis † cum expressione grauaminis, vt supra d. est, quo casu iudex à quo, non obstante inhibitione ad vltima procedere potest, quia notorie constat caussam non esse deuolutam ad iudicem appellationis. *text. c. Romana. §. si vero vocatis & §. seq. appell. in 6. L. franc. c. 10. num. 77. Rota decis. 2. num. 2. & 3. de appel. in nouis.* vbi dicit expres-

23 sionem caussae † grauaminis esse inductam duplici ex caussa, vt scilicet iudex cognoscere possit, si & in quo grauauit, & quales apostolos dare debeat. *c. etsi. eod. c. in 6.* Secundo vt pars appellans nō possit amplius variare cum praeiudicio partis aduersae iuris & iudicis.

Caeterum si omnia praedicta, quod ad processum executionis attinet, cessarent, tamen omnio potentissime vrget, dominum à Liechtenfels debito tempore ad reuisionē non prouocasse. Sententia enim poenalis reuidenda lata est post latam sententiam poenalem. Sed ordinatio & sic lex scripta, vt initio dictum, certum prouocandi tempus praescribit, intra quod reuisio peti debet. Quod cum in casu praesenti seruatum non sit, sequitur necessario, Reuisioni amplius locum non esse. Cur non

24 appellauit debito & legitimo † tempore post latam sententiam ratione executorialium, si se grauatum putauit?

Nam etsi legitime grauatus esset, cuius contrarium ex praedictis apparet, quia tamen non appellauit debito tempore, sequitur Re-

25 uisionem † extinctam, *l. praeses. l. cum probata. re iud.* Reuidere quidem licet, sed tamen secūdum formam & modum à lege praescriptum.

26 Forma enim non seruata † actus ipso iure nullus est, *per iura vulg.* Et hoc quasi in terminis dicit Paris. de puteo *in trib. Synd. verb. dicit. Constitut. n. 2. mihi fol. 143. fac. 2.* vbi dicit, si

27 statutum † certum tempus praefigat ad producendum aliquid, post lapsum tempus non debet amplius audiri, quia processus esset nullus, praesertim si constat iudici de lapsu temporis. Et Bald. *l. si enu. in pr. si quis caut.* dicit quod sublata est iurisdictio, quando verba statuti venirent ad iurisdict. excludendam lapso

28 tempore: Quemadmodum in simili † tempora interponendae appellationis. *auth. c. appel.* petendi apostolos. *Clem. quamuis rigor. eod. t.* introducendae appellationis *in Cam. ord. t. 30. §. 1. p. 3.* sunt fatalia: quibus elapsis sententia ipso iure transit in rem iudicatam, & appellatio perinde habetur, ac si interposita nūquam fuisset, adeo quidem vt iudex appellationis etiam partibus consentientibus non possit de iniquitate sentētiae priorum iudicum cognoscere, prout latiss. deducit Franc. *c. ex ratione appell. num. 72.* Cum itaque certum sit in or-

29 din. tempus † ad denunciandam, interponendam & prosequendam Reuis. praefixum, strictissime illud obseruandum venit, alias frustra à lege tēporis limitatio adiecta esset, quod nulla ratione dici potest.

Ex quibus omnibus plane perspicuum est, reuisionem vtramque, tam in caussa principali, quam executionis, desertam & extinctam. Applicationem domini à Liechtenfels non solum friuolam, verum etiam ipso iure nullam esse, & iudices Cam. ad executionem legitimo modo processisse, contra domini à Liechtenfels longe petita fundamenta, scilicet, de interpretatione & intellectu ordinationis, in quibus casibus Camera suum cursum obtinere debeat. Item q à grauamine in reuisione circa praeparatoriam, aut pcessū dato, vel illato appellare liceat. Itē q pendente appellatione, nihil sit innouand. & alia eiusdē generis futilia, manca, irreleuantia, & impertinentia, ex rationibus praedictis omnino refutata esse.

Et hactenus de prima quaestione, an Camera non obstante appellatione procedere potuerit, in qua concluditur, quod sic.

De Secundo.

Altera quaestio est, an in caussa executionis rite processum sit. Et viso protocollo ordineque procedendi, manifeste apparet rite processum, nihilque praecipitanter decretum, aut interlocutum esse.

Nec obstat exceptio domini à Liechtenfels, quod paritio vigore executorialium iniuncta sit, priusquam die Wesen, ex sua parte sententiae principali quoad cautionis praestationem, satis fecissent. Licet enim in d. definitiua sententia exigatur cautio, iudex tamen nihilominus ad executionem procedere potuit, ea

30 non obstante † aut nondum praestita, si à parte non exigatur, ita in terminis tenet Castr. *in l. peto. §. fratre herede. n. 3. & 4. l. 2. quam refert &* se-

& sequitur. Alex. cons. 96. in pr. vol. 4. Quemadmodum in simili vsufructuarius † fructus suos facit, etsi cautionem non præstiterit de vtendo arbitrio boni viri aut restituẽdo, si ea à proprietario sciente eum vti frui, exacta non fuerit. *Bart. l. vxori n. 1 per ill. text. vsufr. leg. Castr. d. §. fratre herede. n. 4. Angl. §. 1. n. 4. Iust. vsufr. Alex. d. cons. 96. nu. 1.* Et tamen certum est, vsufructuarium ante omnia cautionẽ illam præstare debere. *l. 1. §. cauere quemadmodum vsufr. cau. l. fin. si cui plus quam per l. Falcid.* Verum illud cum moderamine præfato accipiendum, sc. si cautio à proprietario petita fuerit: quo casu si non præstetur, vsufr. fructus suos non facit. *fac. text. sing. l. 2. §. quod ait pretor. quor. leg. text. l. 1. §. non exigit pretor. vt in possess. legat. Dec. cons. 507. nu. 3. & cons. 608. n. 2. Angl. d. §. 1. n. 4.* Atq; in præsenti à domino à Lichtenfelß non fuit exacta cautio. Ergo iudex ad instantiam partis aduersæ ad executionem procedere potuit per iura & rationes prædictas.

Præterea nullum præiudicium domino à Lichtenfelß d. paritionis sententia attulit, non fuit p eam grauatus, cũ adhuc liberum ei esset, ante paritionem, exceptionem non præstitæ cautionis objicere, & hoc pacto vigore sententiæ principalis, donec cautio præstaretur, executionem impedire. At postquam dominus à Liechtenfelß iam quasi per obliquum excepisset de cautione nondum præstita, petenti moram non fecerunt die von Westen / sed quantum in ipsis fuit, fuerunt conati sententiæ definitiuæ parere, offerendo cum fide iussoribus sufficientem cautionem, quam ex interuallo cum solenni protestatione diligentiæ reuocarunt, & repetierunt, eiusq; oblationis instrumentum in forma authentica in iudicio Cameræ 5 Maij. Anno 61. exhibuerunt. Cuius instrumenti copiam ex text. ordinat. & contradicend. D. Regnardus Obenhin procurator domini à Lichtẽfelß obtinuit, quod cum præfixo tempore non faceret, fertur 7. Iulij Anno 61. interlocutoria, & ex officio tempus ad primam post ferias, was sich auff jüngst fürbracht Instrument zu handeln gebührt / sub comminatione conclusionis, in illo puncto præfigitur, tandem vigore d. interlocutorio, sc. 1. Septembris. Anno eod. Obenhin dedit exceptiones contra productum instrumentum cautionis. Excepit, eam locum non habere propter pendentem reuisionem. Item quod oblatio cautionis vnzeitig eingeführt.

Quibus omnibus diligenter in vtramque partem consideratis, Camera post multum tempus vid. 30. Octob. Anno 62. non obstantibus exceptionibus domini à Liechtenfelß acceptat instrumenta, cautionem & paritionem, quę propter oppositam exceptionẽ cautionis non pręstitæ, tantisper in suspenso erat, & denuo iniungit sub comminatione euentuali declarationis pœnæ executorialium.

Vnde clarissime ostenditur d. Westen ex sua parte omnem diligentiam adhibuisse & domino à Lichtenfels petenti moram non fecisse. Cameram vero in executionis processu plenam caussæ cognitionem adhibuisse, & ex iustissimis rationibus instrumentatam cautionem, tanquam sufficientem, per sententiam acceptasse, eamq; sententiam in rem iudicatam transijsse, atq; sic cõcludo legitimo vbiq; iuris ordine seruato, nihil præcipitanter decidisse, sed recte & debito modo ad executionẽ processisse. Idq; ita factum esse concludo.

Ad extremum, quod ad decretam in Camera inhibitionem attinet, admodum † impertinenter à domino à Lichtenfelß cõtra eandem excipitur.

Quid enim possessorium † iudicium cum petitorio commune habet, *l. naturaliter. §. nihil commune acquir. poss.* Possessionem restituat vigore sententiæ principalis, quæ in rem iudicatam transiuit, & sic paratam habet executionem, *per ea quæ supra deducta sunt*, nimirum ante restitutionem nihil attentare, nihil innouare debet. Facta vero restitutione saluũ habet petitorium iudicium, agat tum si visum fuerit, ad priuationem feudi, seu commissam feloniam. Neque enim hic obiecta iuris regula locum habere potest, dolo † sc. facit qui petit. *c. dolo Reg. iur. in 6. l. in condemnatione. §. dolo. eod. t. l. si donaturus. §. si quis indebitum. cond. causa data. & ibi Ias. n. 8. cum seqq.* quam regulam vehementer dominus à Liechtenfelß ad hoc vrget, quia ex communi Dd. sententia prædicta regula locum non habet in iudicio possessorio recuperandæ, prout tradit Dyn. *c. dolo circa f. & Dec. d. §. dolo.* Ratio, quia spoliatus † ante omnia restitui debet, & priuilegium spolij, vt spoliatus ante omnia restituatur, non attenta exceptione dominij seu proprietatis, etiamsi offerretur probatio in continenti. *l. si quis ad se fundum C. ad l. Iul. de vi publ. l. 1. C. si per vim vel al. modo. l. 1. §. 1. in. glo. verbo recuperandam vi & vi arm. Boer. decis. 238. n. 2. p. 2.*

Ex quibus omnibus necessario requiritur domini à Liechtenfelß prætensa grauamina, iura, allegationes & exceptiones nullius esse ponderis aut momenti, factũq; executionis processum, retardare aut suspendere non posse.

Saluo.

&c.

DEC. V. VOTVM VIII.

In Caussa der Runckelischen Kinder Vormunder/ *Contra* Burg. vnnd Rath der Stadt Sp.

Mandati executorialis.

Jmmissio in possessionem decreta à Cameralib. à senatu Sp. impugnatur.

SVMMARIA.

IN NOMINE Domini. Amen.

QVÆRITVR an immissio rite decreta sit nec ne? Pro ratione dubitandi quędam in iure prę-mitto.

Quod ad omnẽ actum præiudicialem † citandi sunt omnes, quorum interest. *l. de vno quoq; re iud.*

II. Quod † missio in possessionem iudicis autoritate facta in re per alium possessa, non noceat possessori non citato, eumq; possessione non priuet. *Bald. l. 2. n. 5. C. ne vx. pro mari. Inn. c. quoniam vt lit. non cont.* Debet enim immissio † cum caussæ cognitione fieri, alias non valet, adeo quidẽ vt inuadens possessionem superioris authoritate temere impetrata, incidat in constitutionem. *l. meminerint C. vnde vi*: Ita vt ab omni suo iure cadat. *l. f. C. si per vim vel alio modo. Bart. l. 1. C. comm. Ripa l. naturaliter. §. nihil commune nu. 59. cum seq. acquir. poss. Zas. l. Pomponius. §. si iussu n. 9. eod t. Bald. l. f. n. 11. C. DD. D. Adriani toll.* vbi dicit, quod † missio in possessionem inordinate fieri dicatur duobus modis.

I. Possessore non citato, & tunc debet reuocari, constitutione de possessione.

II. Non facta discussione iurium contradictoris, & tunc reuocatur sine alia probatione. *Bald. l. si pacto. n. 2. de pact.* vbi dicit, quod tali casu reuocari debeat, etiam sine partis aduersæ citatione.

III. Prætermitto, quod † iudex, q̃ sine caussæ cognitione processit, nullo iuris ordine seruato, spoliare dicatur, ita quod eo modo spoliatus ante omnia sit restituendus. *text. c. conquerente. Rest. spol. & ibi Panor. n. 3. Boer. decis. 238. n. 4. cum seq. p. 2. Ripa. d. l. naturaliter. §. nihil commune. n. 59. cum seq. Mar. in 1. disput. n. 30 facit d. l. f. C. si per vim vel alio modo.*

Nec obstat, quod regulariter spoliatus † non possit à iudice petere restitutionem eo, q̃ pro eius processu præsumatur. *c. præsentiam 7. q. 1.* Et iuste possidere † dicatur, qui prætore autore possidet *l. iuste acquir. poss. l. qui autore R. iur.* Quia illud non obtinet, quando extraiudicialiter de facto sine caussæ cognitione processit, quia tunc loco priuati est, & , vt dixi, spoliare dicitur. *d. c. conquerente. vbi Bart. pulchre n. 3. & 6.* Nam † iudici extra iudicium officium iubenti impune non paretur. *Zas. d. l. naturaliter. §. nihil commune.*

IV. Præmitto † quod ius dicendi supra iurisdictionẽ impune non pareatur. *l. fi. & ibi Bart. Alex. & communiter dd. iur. om. iud.* quia defectus † iurisd. reddit sententiam ipso iure nullam. *l. 1. §. hac autem verba quod quisq; iur. l. 1. & ibi Bartol. in pr. C. ped. iudic. & t. t. si autem non comp. iud.*

V. Præmitto, quod prædo etiam in sua possessione sit † manutenendus, & spoliatus ante omnia restituẽdus. *c. in litteris rest. spol. l. 1. §. quod à me vi & arm.*

His præmissis redeamus ad propositam quæstionem.

An Fundata iurisdictio?

ET primo omnium videndum est de iurisdictione, an in ea simus fundati. Quod ad me attinet dixi, & adhuc sub correctione dominorum dico, quod sic, non solum ratione tutorum & pupillorum, verum etiam bonorum. De tutoribus & pupillis dubitatio nulla est. Quod ad bona attinet, cum sint sine contradictione pupillorum, necessario sequitur ea quoq; saltem quoad exercitium iurisdictionis & fori competentiam Cameræ subiecta esse. Non sequitur, *res sita est, in meo territorio.* Ergo iurisdictioni meæ subiecta est, quia alterum sine altero etiam potest, territorium † sine iurisdictione & econtra. *Bart. l. 1. n. 15. iurisd. om. iud.* vbi Ias. *n. 12. & seq. ordin. imperij t. 49. §. 1. p. 1.* expresse nos † vna cũ rebus nostris à iurisdictione ciuitatis eximit, immunitatem quoq; munerum patrimonialium tribuit, daß wir Ungeldts / Zolls vnnd andere Beschwerden / auch andere Gerichtszwäg frey sollen seyn / quę quidem immunitatis concessio, quantum ad extraordinaria munera, quæ incertam habẽt præstationẽ, & ratione personarum rebus imponuntur, in iure quoq; fundata est. Nam si personæ non sunt subditæ, res † quoq; immunes erunt. *gl. ad rubr. C. eod. t. Ias. l. placet. n. 5. C. SS. Eccl. fac. l. libertus. §. sola ad muni.* Hinc est, quod † clerici à Laicis collectari non possunt, etsi bona in eorum territorio habent, quia † exempti à iurisdictione Laicorum sunt, *text. Auth. nulla communitas. C. Ep. & Cler. c. non minus immun. Ecclesiarum. c. 1. Eod. t. in 6. Alex. conf. 68. n. 2. vol. 2.*

Moueor etiã præiudicijs, q̃ pupillis tutores & curatores adultis, qui principaliter rebus dantur, quotidie constituamus & ordinemus, bona describi, annotari & obsignari faciamus, & sine cõtradictione senatus mãdamus. Ergo non tantum ratione personarum, sed etiã rerum saltem quoad exercitium iurisdictionis attinet, fundatam habemus iurisdictionem. Accedit quod † tutor datus à Iudice, sub quo est pupillus, habeat etiam administrationem in rebus extra territorium suum vbicunque sitis. *Bartol. l. legitimos. nu. 5. in f. leg. tutor. Alex. li. f. nu. 12. iurisd. om. iud.* Quod tamen ita accipiendum est, si nullus contradictor sit. Nam si contradictor sit, ita quod necessario immissio sit facienda in possessionem per ministros Iudicis, non sufficit licentia iudicis sub quo pupillus est, sed scribi debet illi iudici, sub

ſub quo res ſitæ ſunt, ita reſtringit d. doctrinam Bart. *d l. legitimos. n.12. & Bald. l. fin. n. 46. C. Ed. D. Adr. toll. per text. l. cum vnus. §. is qui poſſidere. Bon. auth. ind. poſſid. & ibi Bartol. in pr.*

Concludo igitur iuriſdictionem noſtram fundatam, atque etiam in pleno ſenatu antea quoq;, ſi recte memini, concluſum fuiſſe, arbitros ſub correctione.

Ratio decreti.

NVnc ad decreti rationem accedamus. Fũdamentum decreti non conſiſtit in petitione hereditatis vel interdicto Quorum bonorum aut beneficio. *d. l. f. C. Ed. D. Adr. toll.* Sed in imploratione nobilis officij iudicis, quod per ſe ſtat, ſiue hoc ſuo motu exerceat, ſiue ad inſtantiam partis. *Bart. l. 1. n. 12. iuriſd. om. iud.* de quo officio nobili late Iaſ. *§. 1. n. 54. Inſt. act. Zaſ. l. vinum. n. 6. ſi cert. pet.* Item conſiſtit in poſſeſſione pupillorum. Quod ad primum attinet, iuris eſt certiſſimi, iudicem officium † ſuum imploranti impertire debere. *l. 4. §. hoc antem iudicium dam. inf.* Hic imploratum eſt officium pro immiſſione. Ergo impertiendum illud fuit. 18

Quæritur modo an cum cauſſæ cognitione hoc fieri debuit? Et licet regulariter in officio iudicis, quod loco actionis † imploratur, etiam libellus & litis conteſt. requiratur, *Bart. l. nec quicquam §. vbi decretum. n 3. off. pro conſ. & leg.* tamen hoc non procedit, quando contra incertam vel nullam perſonam officium interponitur, & iudici veriſimilis de vacua vel etiam apprehẽſa poſſeſſione fides facta ſit. Quo caſu poteſt ad implorationem & ſupplicationem partis iuris ordine non ſeruato de pleno procedere, & immiſſionẽ decernere, per doctrinam Bart. *d. §. vbi decretum. n. 3. Specul. off. om. iud. §. iudicis. n. 14. cum ſeqq. & Specul. de lib. concept. § nunc dicend. n. 7. Bald. d. l. f. n. 21. C. Ed. D. Adr. toll.* vbi dicit, ſi aliquis metuat ne † alius ſuam poſſeſſionem inuadat, ſufficit ad conſequendum iudicis interdictum facere fidem de poſſeſſione in libello, non ſeruato ordine iudiciario. *fac. opt. l. liberis §. f. liber cauſſa.* Iam in præſenti Iudici non ſolum in libello ſupplicationis, verum etiam ex propria militis confeſſione fides de poſſeſſione & iure pupillorum facta eſt, vbiq; enim in omnibus ſuis ſupplicationibus fatetur expreſſe, ſe nihil iuris habere vel prætendere in bonis paternis, iam quoque notorium eſt ſupplicantes eſſe filios, Ergo † heredes patris *l. in ſuis lib. & poſth.* Mater dum viueret † vſufructuaria. *l. fœmina C. ſecund. nupt.* poſſeſſionem nomine pupillorum apprehendit, quam poſtea dati tutores continuarunt per actũ aditionis & inuentarij cõfectionem. Secundus maritus miles noſter fatet, vt dixi, bona paterna pleno iure eſſe pupillorũ, ſeque nihil in ijs habere iuris aut prætendere. 19 20 21 22

De præmiſſis omnibus fides iudici facta fuit. Hæc autem cum ſint notoria, in quibus ordo iuris † no requiritur. *c. ad noſtram iuretur. c. paſtoralis indic. Specul. de lib. concept. & nũc dicend. n. 10.* cur iudex imploratus in re minime controuerſa, nullo apparente legitimo contradictore, officium ſuum nobile, quod alias latiſſime patet. *l. 1. iuriſd. om. iud.* impartiri non poſſet? Accedit, quod multa fauore pupillorum & regulas iuris communis recepta ſint, prout *not. Mar. Anton. Patu. tr. ſuo de fauore pupill.* Et quod ad præſentem caſum attinet optime fac. *l. vn. C. quando imp. iur. pup. & vid.* vbi habetur, quod pupillæ, viduæ † & miſerabiles perſonæ poſſint recurrere ad principem & declinare proprios iudices ordinarios, etiam per viã ſimplicis querelæ. *Ita not. ibid. Bald. 1. 2. & 3.* Quod adeo † verum eſt, vt huic priuilegio renunciari non poſſit, eo quod illud indultum ſit miſerabilibus perſonis miſerationis intuitu. *Bald. d. l. vn. n. 3.* Si igitur de iure communi fauore pupillorum illud obtineat in omnibus pupillis cuiuſcunque fori, quanto magis in pupillis immediate, & ſine controuerſia naturæ iuriſdictioni ſubiectis, vt in caſu præſenti, vnde vel hoc ſolo fundamento habemus iuriſdictionem fandatam ex beneficio conſtitutionis. *& d. l. vn. C. quando imp. int. pup.* 23 24 25 26 27

Porro obijci forte poſſet, ſi fuerunt pupilli in poſſeſſione, quorſum opus fuit immiſſionẽ poſtulare? Reſpon. non ad acquirendam denuo poſſeſſionem, ſed ad continuandam eam acquiſitã: aliud eſt acquirere, aliud cõtinuare.

Nam † qui habet animum continuandi, non acquirit de nouo. *Bald. d l. f. nu. 21. Bart. l. ſi finita. § Iulianus. n. 22. Dam. in f.* vbi dicit, quod miſſio etiã poteſt fieri ei, qui poſſidet rem ad effectum ſc. ne turbetur. Adhoc eſt text. *l. ſi proprietarius verſ. ergo d. t.* Et notum eſt, in iure † abundantem cautelam non nocere. *l. non ſolent. R. iur.* De bonis maternis nulla quæſtio eſt, ſed facta immiſſio ad ea nõ pertinet: refero me ad tenorem commiſſionis. Habet miles de facto, quod petit, omnia ſc. bona materna, tam mobilia, quam immobilia, prætextu allegatæ cuiuſdam conſuetudinis Sp. an iure vel iniuria hac cognitionem non deſiderat, quæ ad nos non ſpectat, ſed ad ordinarium dicti militis, hoc eſt, ſenatum Sp. 28 29

Et per præd. 1. 2. & 3. præmiſſa, ſatis confutata eſſe puto. In notorijs, vt paulo ante dixi, nulla cauſæ cognitio requiritur. Si nemo poſſidet, nemo eſt de neceſſitate citandus, ſed agere eum oportet, qui aliquid contra ius factum eſſe allegat. Nam cum aduerſarius poſſidet, † ipſe debet eſſe potior. *§. commodum inſt. interd. Bald. d. l. f. nu. 6. C. Ed. D. Adr. toll.* Ad q̃ optime facit, q̃ *notat Ioã. Andr. ad Specul.* 30

1. de

t. de testam. §. sequitur. n. 40. verbo personam vbi dicit, quod † filia heres instituta petens se mitti in possessionem, mittatur etiam in possessionem rerum feudalium, nec agnati masculi erunt legitimi contradictores. Ita tenet Bald. *c. 1. controu. int. masc. & fœm. in pr.* vbi dicit, quod onus probandi imponitur agnato, & non filiæ, quia qui confirmat debet probare. Idem tenet *Alex. d. l. f. n. 3.* Sic in præsenti, si miles immissionem non rite factam esse velit, aut si alias quid iuris in bonis hereditarijs prętendat, agat ipse.

Non debet in casu notorio ipsos pupillos actores constituere, eosq; commodo possessionis priuare, maxime cum ipse intus habeat, qꝑ petit, omnia bona sc. materna. Quid amplius requirit? nunqd etiam vt paterna simul in cinerem fumumq; redigat? res est profecto commiseratione dignissima.

Non obstat quartum præmissum, quia meo iudicio, vt supra conclusi, tam personæ, quam bonorū ratione satis in iurisdictione fundati sumus, nihil nobis vnq̃ negotij cū milite fuit, nihil iurisdictione contra illum exercuimus.

Non obstat quintum præmissum, quia si fur manutenendus in sua possessione, multæ magis veri possessores. Spolium † non committitur sine possessione. *l. 1. § si quis vers. interd. vi & vi arm. Dec. consl. 125. in pr. vol. 1. c. cum olim. causa poss. & propriet.* Miles nunquā possedit bona paterna. Ergo spolium allegare non potest, qa amitti † non potest, quod acquisitum non fuit, *l. non videtur R. iur.* Priuatio † enim præsupponit habitum. *l. diem V. obl.* Non sequitur, *est in domo.* Ergo *possidet.* Quia aliud est possidere domum, † aliud esse in domo, quemadmodum aliud possidere, aliud esse in possessione. *l. cum meo. acquir. poss. Schurff. consl. 35. in f. cent. 1.* Colonus † est in possessione, sed tamē non possidet, habitare enim non possidere dicitur. *l. si duo. §. cum inquilinus vti possid. l. si quis demum. § habitatores locati l. si quis ante acqr. pos. Alex. consl. 51. n. 5. in f. vol. 1.* Nam possessio quādoq; sumitur pro detentatione etiam sine animo. Sic Colonus † inspecta veritate possidet naturaliter, sed iuris interptatione non possidet. *Raph. Cumanus l. 1. n. 12. cum seq. acquir. poss.* Licet igitur miles inspecta veritate naturaliter detineat domum, iuris tamen interpretatione non possidet.

Et quod neq; animum possidendi habuerit vnquam, constat ex multiplici ipsius confessione in supplicatione ad iudices Cameræ & senatum Sp. daß er mit den Runckelischen Gütern nicht zuthun habe. Imo constat tutores nomine pupillorum etiam viua matre in possessione bonorum fuisse paternorum, aut saltem post mortem eius, per ingressum domus, & actum confectionis inuentarij: Item exhibitionem & custodiam der Gültsbrieff. Et sine dubio sic censentur apprehendisse possessionem domus, in qua est miles. Dominium omnium rerum paternarum statim à tēpore aditionis fuit penes pupillos *l. 18. veteres. l. cum leg. de acquir. poss.* Possessio † vero rerum hereditariarum non nisi apprehensione acquiritur. *d. l. cum heredes & ibi Zas. in pr. Idem Zas. l. 3. n. 27. acquir. possess.*

Quibus locis eleganter docet Zas. an apprehensa vna re hereditaria, censeantur omnes res hereditariæ apprehensæ, sicut in feudo receptum est, apprehensa † parte fundi, dicitur totus fundus apprehensus. *d. l. 3 acquir. poss.* sed in hereditarijs rebus concludit contrarium, quod sc. vna † re apprehensa, cæteræ non censeantur apprehensæ. *l. 1. §. veteres. vbi Ias. Alex. Zas. d. l.* In præsenti vero quoad domum attinet, non solum dominium per aditionem. *d. l. 1. §. veteres d. l. cum heredes,* verum etiam possessio per apprehensionem acquisita fuit.

Ex quibus omnibus plane perspicuum esse puto, reorū articulos in iure & facto erroneos atq; falsissimos esse. Fundant illi suos articulos in persona militis subditi, cum quo nobis nihil vnquam, vt dixi, negotij fuit. Nos contra in personis & bonis pupillorum ex rationibus prædictis. Fingunt militem possessorem domus, nos pupillos etiam ante immissionem possessores fuisse adseueramus. Conqueruntur de turbata sua iurisdictione. At sane si accuratius rei indignitatem consideremus, magis in contemptum Cæs. Maiestatis, & statuū naturam perturbant. Cum igitur in facto errent, falsum ius quoq; vt inferant necesse est, quia ex † facto ius oritur. *l. si ex plagis §. in cliuo ad l. aquil.*

Concludo itaq; immissionem ex nobili sc. Iudicis officio, ad instantiam tutorum in fauorem pupillorum, in re paterna, iam ante possessa, minime controuersa, personis & rebus nostræ iurisdictioni subiectis, nullo apparente legitimo contradictore ad propriam militis confessionem rite decretam fuisse & esse. Nunc de mādato executoriali conclusum in pleno senatu, decretum illud immissionis manutenendum. Inprimis senatus Sp. solenniter à Iudice, & adsessoribus requisitus est, vt pupillos nostræ iurisdictioni subiectus in re, vt dixi, non controuersa, hereditaria & paterna contra militis violentiam defenderent, id quod facere non solum detractarunt, sed etiam militis patrocinium in se susceperunt. Cur igitur ad extremum non liceret nobis iurisdictionem Cæsaris & statutum mandatis pœnalibus defendere, in facto notorio, in caussa pupillorum, in rebus iurisd. subiectis? *t. t. si quis ius dic. non & ibi latiss. dd.*

Concludo, executoriale mādatum iuri, honestati & æquitati conforme & consentaneum es-

m esse: articulos vero reorum, tanquam irreleuantes, in facto erroneos, non admittendos, sed reijciendos, quia probari † nihil releuarent. *l. ad probationem 2. & ibi Bart. n. 1. C. probat.* & vlteriorem paritionem finaliter Reis iniungerem, sub forma sequenti.

Sententia.

IN Sachen weilandt D. Hermann Runckels hinderlassen Kinder Vormünden/ in actis benendt/ Eldgern wieder Burg. vnnd Rath gemelter Statt Beclagten/ seyn die articulirte Einrede den 21 Febru. jüngst fürbracht/ als vnerheblich nicht angenommen/ sondern erkendt/ daß gedachte Beclagte/ nachmals in Zeit eines Monats/ so jhnen von Amptswegen darzu angesetzt/ glaublich Anzeig thun/ daß dem außgangenen Verkundten/ vnd reproducirten Kayß. Executorial Mandat/ alles seines Inhalts gehorsamlich gelebt sey/ mit dem Anhang/ wo sie dem also nicht nachkommen werden/ daß als dann der gebetten declaration Pœnæ halben/ endtlich ergehen soll/ was Recht ist. Concepta fuit hæc sententia 20. Martij anno 64. non tamen fuit publicata, sed sequens. Relata autem fuit hæc caussa in pleno Senatu me Ref. 22. Febr. Anno 64. cōtinuata & notata per alios D. Assessores 16 & 18 Mart. Anno eod. Omnes vnanimiter mecum concluserunt exceptis duobus, qui sane ex grauissimis rationibus in contraria fuerunt sententia, quas hic adscribere nolo, Fiat iustitia non vt pereat, sed vt conseruetur mundus. Sequens sententia publicata est in hac caussa, 22. Mart. Anno 64.

Sententia.

IN Sachen rc. seind die articulirte Einreden den 20 Febr. jüngst fürbracht/ als vnerheblich/ nicht angenommen/ sondern erkandt/ daß gedachte Beclagte den außgangenen Verkunden/ vnnd den reproducirten Kayß. Executorial Mandat/ nachmahlen vnnd in Zeit/ bey Poen darinn bestimmet/ würcklich zugehorsamen schüldig/ mit dem Anhang wo sie solchem nicht nachkommen werden/ daß als dann auff gemelts ferrner Anruffen endlich ergehen soll/ was Recht ist.

DEC. V. VOTVM IX.

In Caussa præcedente, sed alterius adsessoris.

SVMMARIA.

1. *Hominum genus in ciuitate triplex.*
2. *Incolæ sunt, qui sedem fixam alicubi habent re & facto, ibiq; larem rerum ac fortunarum summam constitutam habent, commodisq; ciuitatis vtuntur.*
3. *Aduenæ generatim accepti subijciuntur quoad iurisdictionem ciuitati, si ibi contrahunt, vel conducunt aliquid.*
   Camerales coloni sunt vel quasi metatores, illuc missi & destinati ab Imperio, non vt ciuitati subijcerentur, sed vt ibi, velut in loco commodiore, iurisdictionem exercerent.
   Camerales viuunt secundum leges & consuetudines eorum, non ciuitatis, cuius fidei & protectioni commissi sunt.
   Camerales non adstringuntur vllo muneri, vel personali, vel patrimoniali ciuitati, nec res eorum.
   Camerales, si emant proprias ædes an respectu earum ciuitati subijciantur.
   Cameralium iurisdictio in tutorib. dandis, ijs, quorum parentes iurisdictioni camerali subiecti fuerunt.
4. *Cameralium iurisdictio non solum ad personas pertinet, sed etiam ad res.*
5. *Inuentatio omnis prætore auctore fit, vel per Iudicem eius loci ordinarium.*
6. *Adsessores, vel alij quicunq; Cameræ subiecti in nulla vel generali totius imperij, vel particulari collectatione pro domo, quam possident, contribuunt.*
7. *Census rei inhæret, & cum eo transit.*
8. *Vsufructuario morto vsusfr. ipso iure cum proprietate consolidatur.*
9. *Vsufr. peti debet ab hærede, si is sit in possessione.*

IN NOMINE Domini. Amen.

DVO sunt in hac caussa fundamēta, vnum iurisd. fundata: Alterum causæ iustitiæ. Econtra duo sunt fundamenta. Exceptionis iurisdictionis non fundatæ, & caussæ iniustitiæ.

De iurisdictione adhuc permanet in ea sententia, de qua initio nemo dubitauit. Quia, qui postea id mouere cœperunt, magis mihi viden-

videntur dubitasse propter adiectam qualitatem, quam de Iurisdictione per se considerata. Quia tamen post factum controuertitur, per pauca ad ea, quæ D. Ref. pro hac sententia explicauit, addenda censui.

1 In ciuitate triplex † hominum genus est. Aut originarij sunt, aut incolæ, aut aduenæ seu peregrini.

De originarijs clarum est, non esse nos tales in hac ciuitate, nec incolæ sumus. Ratio ex varijs LL. in promptu est. Non † enim sedem fixam hic habemus re & facto. *l. censoria. l. pupillus. §. incola. V. oblig. l. assumtio ad municip.* Non hic larem rerumq; ac fortunarum summam constituimus. *l. ciues C. incol. lib. 10.* Non commodis ciuitatis vtimur. *l. eius. §. 1. ad municip. l. sciend. excus. tut.* Sequitur ergo nos aduenas & peregrinos esse, *d. l. pup. §. incola l. 1. §. hospes qui deiec. vel effud. l. heres absens. iudic.* At non simpliciter tales sumus.

3 Nam aduenæ † generatim accepti subijciuntur quoad iurisdictionem ciuitati, si ibi côtrahunt vel conducunt aliquid. *d. l. heres absens.* Verû arbitror nos colonos esse vel quasi metatos, vtpote, qui huc missi & destinati sumus ab imperio, non vt ciuitati subijceremur, sed vt hic tanquam in loco commodiore iurisdictionem imperij exerceremus, nostris legibus & iure viuentes. De his Colonis in iure nostro non nisi in paucis LL. fit mentio. *l. eius ui ad municip. l. pupillus. § decuriones. V. sig.* Duæ amen sunt ll. de metatis. *l. idem Vlpianus in ext. gracè excus. tut. l. certa forma C. iure fisci. lib. 10.* quæ tamê ad rem parum faciunt, sed ex historijs res illa est manifesta. Doctores quoq; non improprie quidem in his personis, sed in similibus hanc materiam in multis locis explicant. *l. cum venerit. §. si nuda. pig. l. 2. l. prouinciales. V. sign. l. 1. ad municip. c. Rodolphus. Rescript.*

Ex quibus sane hanc doctrinâ capio, quod secundum ll. & consuetudines nostras viuere debemus. Non enim ciuitati adiuncti sumus, sed fidei & protectioni eius commissi, quod nec nos, nec res nostræ in vllo munere, vel personali, vel patrimoniali ciuitati adstringimur. Item, si ius prehensionis aut manuum iniectio contra ciuitatem hanc decernatur, non nos, nec bona comprehenduntur. Sed forte de his rebus, nemo dubitat. At de eo inter nos non côuenit. Si hic emimus ædes proprias, an non respectu earum ciuitati subijciamur? In qua quæstione hos duos text. habeo. *l. liberus. §. sola ad municip.* Sola ratio possessionis possessori muneribus iniungendis idonea non est. Item sola domus possessio, quæ in aliena ciuitate comparatur, domicilium non facit. Idem ij sdem fere verbis dicitur. *l. cum neq; C. incol. lib. 10.* ex quibus difficultas nostra solui videtur. Et sane vsurpatum id audio. Nam nô puto quenquam eo magis se ciuem putare quod hic domum habeat, aut eo magis se adstringi ad ciuilia munera. Quod quia verum est, consequi videtur, se etiam non eo magis iurisdictioni ciuitatis subijci. At potius vt reliquæ res nostræ iudici nostro subijciuntur, ita etiam domus. Intelligo autem quoad vnam domum quam hic aliquis nostrum emit, necessitate quadam inhabitandi. Si enim huc cômigrare nos oportet, habitatio necessaria est, non minus, quam quælibet suppellex. Non æque commode alienæ, quam nostræ inhabitantur ædes, eoq; pertinere puto prędictas leges: vtor etiam argumento. *l. cunctos. l. maximum C. excus. mun. l. 1. & 2. C. priuil. eorum qui in sac. pal. milit.* Si quis enim dicat, nos aut locum veterum senatorum in imperio obtinere, aut consistorialium, aut adsessorum, personarum illustrium, non omnino mea sententia aberrauerit. Cæterum si præter necessitatem aliquam domum quis emeret, putarem nos versari in d. l. *heres absens iudic.* nec eo vsq; iurisdictionem nostram extendendam. Hoc etiam ordinatio videtur exprimere, ne quæstum hîc facere videamur.

Vrgebo hunc locum vnica quæstione, si controuersia fiat inter duos vicinos subiectos Cameræ, qui proprias habent ædes & contiguas ex edicto de damno infecto, & cum alter cauere nolit, quis immissionem faciet in non cauentis ædes, à quo petam manu teneri.

Ex ijs, quæ dixi, ex facti constitutione videtur à iudice Camerali fieri debere. Ex quo sequitur, quod nostrum imperium ad se trahat iura generalia illa, vbi in rem agi oporteat, vbi de possessione. *t. 15. & 19. C. lib. 3.* Possunt etiam res meæ, item domus mea ab omnibus ijs, quæ diximus, libera esse, & tamen iurisdictioni alterius subijci. Quod res meæ liberæ sint, personæ est beneficium, & ab ijs omnibus libera sunt, quæ ratione personæ inferuntur. Iurisdictio vero dici potest rei inhærere, non minus, atque cætera realia, *per iura vulg.* sed probabile est, eam mentem Imp. & statuum fuisse, tum etiam ipsius ciuitatis. Nam postquam huc destinati receptiq; sumus, ea lege, vt nostro iure viueremus, voluisse & permisisse ipsos nobis, vt quemadmodû reliquæ res nostræ ipsorum iurisdict. eximuntur, ita etiam domus, quam necessario inhabitamus: alioquin horum respectu possemus impune contumelijs & damnis affici. *arg. l. 2. §. sed si agam iudic.*

Hoc imperium multis actibus, necessarijsque illationibus comprobatur, quorum primus est, quod tutores damus & curatores omnibus ijs, quorum parentes nostræ iurisdictioni subiecti fuerunt, qui actus non solum † iurisdictionis necessarius est. *l. vbi petâtur. C. tutor. & curat. illustr. person.* Sed vt quidam vo- 4

lunt

lunt meri imperij. *Bart. l. 1. ff. eius cui mand. est iurisdictio.* Quia specialiter competit *l. muto. §. tutelæ datio. Tutel.* Communior opinio, quod mixti imperij, quod magis est, quam iurisdict. *dd. ad l. 1. iurisd. om. iudic.* Nec † solum ad personas pertinet nostra iurisdictio, sed & res, ex eo, quod curatores etiam damus, qui principaliter reb. dantur. *dd. ad t. vbi pet. curat. l. 1. §. quoties. vent. in poss. mitt.*

5

Secundus actus est, quod res defunctorum (siue illi ex nostris sint, siue aduenerint litigādi causa,) omnes illas qualescunq; sint, siue mobiles, siue immobiles, inspicimus, describimus, vel in inuentariū redigimus, etsi illa sint in ædibus ciuium custodita, qui actus similiter realis est, & iurisd. necessariæ. Omnis n. huiusmodi † inuentatio prætore autore fit, vel per iudicem eius loci ordinarium. *l. cum plures bon. autor. iud. poss. l. tutor qui repertorium & ibi gl. verbo repertorium. l. Chirographus & ibi gl. verbo tutores adm. tut.*

6

Tertius actus est, quod res illas sigillamus aut adsignamus, & si opus est, in custodiā nostram recipimus, quod clarius est, quam vt negari possit, quin sit realis & iurisdict. necessariæ. *l. sancto off. præsid. l. si iniuria de iniur. t. t. C. vt nemini liceat sine iudi. sig. rebus imp.*

Quartus actus est, quod nunquam auditū est, quod vllus adsessor, vel † alius quicuuque Cam. subiectus in vlla vel generali totius imperij, vel particulari collectatione, pro domo, quam hic possidet, contribuerit, cum tñ alijs in locis pro suis rebus conferre teneatur, qui actus quoq; realis est. Exemplū est. *in l. 1. C. indict. lib. 10. & l. f. C. muner. patrim.* Et ita seruatur.

7

Quod obijcitur de censibus, qui ex ædibus singulis annis persoluuntur, aliam habet rationem. Nam rei inhæret, & † cum ea trasire solet. *l. si diuina domus. C. exact. tribut. lib. 10. l. 1. C. vt nemo ad suum pronunc. lib. 11.*

8

Omnes hi actus, etsi ab acutiore aliquo vti diuersæ species ab immissione eneruari queāt, quasi possit altera sine altera subsistere & acquiri loco à separatis, hoc tñ negari nō potest, tendere illos ad eundem finem, sc. quod nos liberi, & viduæ nomina, tum etiam res nostræ qualescunq;, quas necessitate commigrationis & habitationis hic possidemus, quēadmodū in hac quasi Colonia agimus, ex voluntate imperatoris, cui hęc ciuitas subiecta est, tū etiam cum consensu populi huius vrbis ab omni onere & munere populari liberi sunt, & sacro sancti. Malo quoq; in hanc partem leuiuscule errare, & euentum expectare, quam me viduam, & liberos meos istorum hominum voluntati, libidini subijcere, ac perinde concludo iurisd. fundatam.

Quæ de pupillis adferuntur, vix puto, quod illæ prouinciæ permittāt, sed quia pupilli nostræ iurisdict. subiecti sint, firmissimum argumentum præbent, generalia in his beneficia apud nos permanere. Refero me ad ea, quæ ab alijs dicta sunt.

Venio nunc ad aliud caput, in quo quantū valeat officium iudicis nobile à tutoribus imploratum, quantum etiam priuilegium pupillorum: sufficere puto ea, quæ D. Ref. attulit. Item quæ de possessione ipsorum dicta sunt, hoc addito, quod etiam ipsi liberi per se bona paterna possederint. Nam quo tempore mater ad secundas conuolauit nuptias, ea ætate fuerint, vt possidere potuerint. *l. 1. furiosus acquir. poss.* simul etiam naturaliter ædibus insederunt, de quibus modo est controuersia. Etsi n. communior opinio de possessione vsufructuarij naturali vera esse posset. *l. naturaliter d. t.* quod negant omnes eruditi nostri temporis, tamen non sic matri relictum vsumfr. arbitror, vt non cum liberis communicaretur. Vtcunq; sit, matre † mortua vsusfructus ipso iure cum ꝓprietate cōsolidatus est. *l. idem Neratius vsufr. access. l. si frustuarius. vsufr. quemadmodum caueat.* Quo tempore ipsi liberi in ædibus erant, atq; hoc modo bonis parentum insederunt, cum & potuerint & voluerint, non ipsi solum, sed etiam eorum tutores & curatores. Quæ caussæ nos vnanimiter ad ferendū primum decretum impulerunt. Sed quia hic status causæ est. *An immissio decerni potuerit?*

9

1. Præmitto, quod hæc immissio necessariū consequens sit prioris decreti, & quasi ipsius executio. Permisimus tutoribus, vt omnia bona paterna auferrent, sine discrimine. Resistit miles: Quia resistit, petunt tutores immissionem. Si illam nego, quid aliud facio, quam ꝙ communiter conclusum euerto? Permitto obligationem, tñ modum nego, quo istud fieri potuit. Nam quid aliud immissio est, quam vt per hāc ad obligationē perueniatur, sed hoc difficultatem non soluit, tantum facit, vt quæ nobis cognitio suffecerit in caussa principali, illa etiam sufficere debeat in adiuncto vel cōsequenti. An autem illa sufficiens fuerit hinc sciri poterit, inprimis constitit nobis, quod liberi non solum iuris heredes, sed & ante & post mortem matris in possessione bonorum patris fuerint ciuili & naturali, & quod adhuc in ead. sint. *l. clam. l. peregre. acquir. poss.* Deinde ꝙ eo tempore miles non modo nō possidebat sed nec detinebat, quia nulla voluntas erat detinendi. Sponte enim propria coram suo magistratu (ne quis extra iudici[illegible]em confessionem existimet, quæ nobis [illegible] confessus est, se nil prætendere iu[illegible] paternis. Si ergo iurisdictio nostra [illegible] fuit, quomodo hic potest amplior cog[illegible] desiderari? quæ aliæ partes nostræ, quā vt [illegible], quos curatores dedimus, bona minorum permittamus? Inde patet iustitia illius decreti,

quoad

Dominus à Liechtenfels sentit, sibi imputet. *c. damnum. de reg. iur.* atque hanc desertionem culpa domini à Liechtenfels commissam prætensa appellatio à decreto reuisorum interposita nulla ratione excusare poterit.

Primo, quia nihil facilius esset, quam in processu Reuisionis ad differendam executionem (quæ tamen de iure communi pendente † reuisione non suspenditur. *d. auth. quæ supplicatio*) quæsito aliquo fucato grauaminis colore appellationem interponere, & hoc pacto summi consistorij sententias, earũque executionem illudere, adeoque † litem in infinitum, contra ius, ordinationem, & omnẽ æquitatem protrahere. Res profecto exemplo perniciosa, & à statibus diligenter ad animum reuocanda, quorum maxime omnium interesse debet, ne huiusmodi inaudita exempla ab inferioribus, etiam plebeiæ & infimæ conditionis hominibus, in consequentiam magno Reipl. malo trahantur. Quæ esset tandem rerum iudicatarum autoritas, si talis appellandi licentia & temeritas in Imperio, in summo tribunali Cæsaris, in omniũ statuum iudicio tolerari deberet? Quibus accedit, quod assessoribus quoque præsertim iam absentibus & adsessoratus officio cum laude defunctis, graue admodum esset, si ad arbitrium cuiuslibet, sine discrimine temporis & loci, contra ius commune, contra dispositionem ordinationis, & omnem denique rationem huic reuidendi necessitati in perpetuum & infinitum subiacere deberent. Et vt propius ad rem accedamus, dominum à Liechtenfels non excusat à desertione, interposita appellatio à d. sententia interlocutoria Reuisorum. Nam licet ex sententia Phil. Franci. *in c. pastoralis. num. 22. de appellat.* & Decij. *l. pen. num. 36. C. pact.* ab † interlocutorijs in processu reuisionis latis, appellare liceat, vt Dn. à Liechtenfels in suis grauaminibus deducit, tamen illam doctrinam in reuisionibus Cameræ locum habere non existimo. Ratio, quia † Cæsaris & omnium statuum, quorum nomine mittuntur, personas repræsentant, & vnam operam nauant. *text. not. l. 1. in f. C. off. vicar. & ibid. Alber. in f. l. 2. C. off. eius qui vic. alt. &c.* Et sic ordinariam à lege iurisdictionem habent, nõ delegatam. *d. l. 2. in gl. verbo rectorum. in f. Alex. ad rubr. off. eius cui mand. est iurisdictio. num. 16. Mar. p. 4. dist. 5. n. 5. c. cum mult. seqq. Ferrar. in for. act. realis verbo nec non vicario.* Quemadmodum à decreto Cæsaris & statuum, si personaliter præsentes essent, in caussa reuisionis circa processum non posset appellari, ita † nec à vicarijs, per rationem prædictam, cum ab eodẽ ad eundem non valeat † appellatio. *c. Romana. appell. in 6. & ibi gl. Ferr. vbi supra.* Et tale argumentum in iure † à maiore ad minus negatiue firmissimum est. *Euerb. in loco à maiori per tot.*

Et posito, citra tamen veritatis præiudicium, quod à sententijs reuisorijs interlocutorijs † Cameræ appellari possit, vti dominus à Liechtenfels pro fundamento ponit, tamen prætensa appellatio non potuit, nec debuit neque etiamnum potest, aut debet executionis processum impedire, idq; ex rationibus sequentibus.

1. Quod dicta appellatio manifeste & notorie friuola sit, eo quod in nullo grauatus sit dominus à Liechtenfels. Ordinatio n. & sic lex scripta totius Imperij depositionem pecuniæ disertis † verbis ante inchoatum processum reuisionis requirit. Verba clara sunt, zuuor vnnd ehe solche Reuision fürgenommen/ non demum post designationem personarum reuisorum, post cœptum iudicium, vel in præparatorijs, sed zuuor vnnd ehe solche Reuision. Et sic depositio pecuniæ est de forma in actu, vnde semper præcedere, & non subsequi debet. *Affl. decis. 355. num. 5. & 6. cum ibid. alleg.* Cessante † vero grauamine, certum est, appellationẽ friuolam esse, nullumque iuris effectum sortiri debere. *d. c. cum appellationibus. & ibi Franc. in pr. appel. in 6. Mar. part. 6. num. 336. appellat.* Cum † grauamen sit caussa immediata appellationis. *c. vt debitus appell. Panor. c. cum cessante. n. 2. eod. t.* Sed sententiam † à qua, in rem iudicatam transire, atque ita executionem paratam habere *per l. minor armis. & ibi Bart. in pr. Minor.*

Non valet argumentum potissimum domini à Liechtenfels ab adsessoribus ad partẽ, quod scilicet adsessoribus ante omnia data sit designatio personarum Reuisorũ, ideo etiã parti dari debuit, † vt æqualitas seruetur. *l. non debet. R. iur. cum simil.* quia de adsessoribus nihil, quod ad depositionem pecuniæ attinet, in ordinatione disponitur, sed quoad partes dispositio clara est, vt ante omnia pecuniam deponant. Ratio diuersitatis proculdubio est, quia adsessores tanquam iudices, à quibus præsumptionem pro se habent, tantisper donec in contrarium aliquid à Reuisoribus statuatur, & reuidendo pronuncietur. Stat enim præsumptio † pro sententia, maxime quando iuris ordine rite seruato processum est. *c. præsentium. 7. q. 1. Panor. c. conquestus. nu. 6. rest. spol.* Et hæc de prima ratione.

Altera ratio est, quia licet appellare potuisset, iustumq; grauamen habuisset, quia tamen non appellauit debito † modo, secundum formam iuris, scilicet in scriptis cum expressione grauaminis illati, perinde est ac si nunquam appellasset. *text. c. cordi. §. quod si appellator. lib. 6. & ibi Franc. num. 1. c. vt debitus. appell. Clem. appellanti. eod. t. Bart. l. eius qui. n. 2. & 8. appel. recip.* Paria † enim sunt non esse vel esse, sed nulliter, & minus Canonice. *l. 2. qui satisd. cog. l. 1. §. quidam quod cuiusq; vniuers. Rota decis. 2. num. 2. & 3. appel. in nouis.*

Neces-

Neceſſario igitur vel ex hoc vnico argumẽto concluditur, ſentẽtiam principalem in rem iudicatam tranſiſſe. Reuiſionem vero deſertã & extinctam eſſe.

Tertia ratio eſt. Fingamus (ſalua veritate) rite & in forma iuris appellatũ fuiſſe, tñ adhuc Camera ad vltima procedere potuiſſet, idque propter aut non factã inhibitionẽ. Iuris enim 20 eſt manifeſti, quod per appellationem † ab interlocutoria iudicis officium nõ ſuſpendatur, niſi iudici fiat legitima & Canonica inhibitio. *c. non ſolum. in gl. verbo n. ducendum. & ibid. Anchor. n. 4. appell. in 6. Rota deciſ. 1. & 2. app. in nouiſ.* 21 Sicut in ſimili † iudex, q. Apoſtolos dedit refutatorios non obſtante appellatione ad vltima ꝑcedere poteſt, niſi ſibi inhibeatur. *Clem. 1. dolo & contum. vbi gl. 3. not. & per ea quæ D. Ref. late in eam ſententiam adduxit.*

Imo in præſenti caſu non potuiſſet Cam. fieri inhibitio, cum non ſit appellatum in forma debita, ſcilicet, in ſcriptis † cum expreſſione grauaminis, vt ſupra d. eſt, quo caſu iudex à quo, non obſtante inhibitione ad vltima procedere poteſt, quia notorie conſtat cauſſam non eſſe deuolutam ad iudicem appellationis. *text. c. Romana. §. ſi vero vocatis & §. ſeq. appell. in 6. L. [illegible]anc. c. 10. num. 77. Rota deciſ. 2. num. 2. & 3. de appel. in nouiſ.* vbi dicit expreſ- 23 ſionem cauſſæ † grauaminis eſſe inductam duplici ex cauſſa, vt ſcilicet iudex cognoſcere poſſit, ſi & in quo grauauit, & quales apoſtolos dare debeat. *c. etſi. eod. c. in 6.* Secundo vt pars appellans nõ poſſit amplius variare cum præiudicio partis aduerſæ iuris & iudicis.

Cæterum ſi omnia prædicta, quod ad proceſſum executionis attinet, ceſſarent, tamen omnio potentiſſime vrget, dominum à Liechtenfels debito tempore ad reuiſionẽ non prouocaſſe. Sententia enim pœnalis reuidenda lata eſt poſt latam ſententiam pœnalem. Sed ordinatio & ſic lex ſcripta, vt initio dictum, certum prouocandi tempus præſcribit, intra quod reuiſio peti debet. Quod cum in caſu præſenti ſeruatum non ſit, ſequitur neceſſario, Reuiſioni amplius locum non eſſe. Cur non 24 appellauit debito & legitimo † tempore poſt latam ſententiam ratione executorialium, ſi ſe grauatum putauit?

Nam etſi legitime grauatus eſſet, cuius contrarium ex prædictis apparet, quia tamen non appellauit debito tempore, ſequitur Re- 25 uiſionem † extinctam, *l. præſes. l. cum probata. re iud.* Reuidere quidem licet, ſed tamen ſecũdum formam & modum à lege præſcriptum. 26 Forma enim non ſeruata † actus ipſo iure nullus eſt, *per iura vulg.* Et hoc quaſi in terminis dicit Pariſ. de puteo *in trib. Synd. verb. dicit. Conſtitut. n. 2. mihi fol. 143. fac. 2.* vbi dicit, ſi 27 ſtatutum † certum tempus præfigat ad producendum aliquid, poſt lapſum tempus non debet amplius audiri, quia proceſſus eſſet nullus, præſertim ſi conſtat iudici de lapſu temporis. Et Bald. *l. ſi enu. in pr. ſi quis caut.* dicit quod ſublata eſt iuriſdictio, quando verba ſtatuti venirent ad iuriſdict. excludendam lapſo tempore: Quemadmodum in ſimili † tem- 28 pora interponendæ appellationis. *auth. c. appel.* petendi apoſtolos. *Clem. quamuis rigor. eod. t.* introducendæ appellationis *in Cam. ord. t. 30. §. 1. p. 3.* ſunt fatalia: quibus elapſis ſententia ipſo iure tranſit in rem iudicatam, & appellatio perinde habetur, ac ſi interpoſita nũquam fuiſſet, adeo quidem vt iudex appellationis etiam partibus conſentientibus non poſſit de iniquitate ſentẽtiæ priorum iudicum cognoſcere, prout latiſſi. deducit Franc. *c. ex ratione appell. num. 72.* Cum itaque certum ſit in ordin. tempus † ad denunciandam, interponen- 29 dam & proſequendam Reuiſ. præfixum, ſtrictiſſime illud obſeruandum venit, alias fruſtra à lege tẽporis limitatio adiecta eſſet, quod nulla ratione dici poteſt.

Ex quibus omnibus plane perſpicuum eſt, reuiſionem vtramque, tam in cauſſa principali, quam executionis, deſertam & extinctam. Applicationem domini à Liechtenfels non ſolum friuolam, verum etiam ipſo iure nullam eſſe, & iudices Cam. ad executionem legitimo modo proceſſiſſe, contra domini à Liechtenfels longe petita fundamenta, ſcilicet, de interpretatione & intellectu ordinationis, in quibus caſibus Camera ſuum curſum obtinere debeat. Item ꝙ à grauamine in reuiſione circa præparatoriam, aut ꝑceſsũ dato, vel illato appellare liceat. Itẽ ꝙ pendente appellatione, nihil ſit innouand. & alia eiuſdẽ generis futilia, manca, irreleuantia, & impertinentia, ex rationibus prædictis omnino refutata eſſe.

Et hactenus de prima quæſtione, an Camera non obſtante appellatione procedere potuerit, in qua concluditur, quod ſic.

De Secundo.

Altera quæſtio eſt, an in cauſſa executionis rite proceſſum ſit. Et viſo protocollo ordineque procedendi, manifeſte apparet rite proceſſum, nihilque præcipitanter decretum, aut interlocutum eſſe.

Nec obſtat exceptio domini à Liechtenfels / quod paritio vigore executorialium iniuncta ſit, priuſquam die Weſen / ex ſua parte ſententiæ principali quoad cautionis præſtationem, ſatis feciſſent. Licet enim in d. definitiua ſententia exigatur cautio, iudex tamen nihilominus ad executionem procedere potuit, ea non obſtante † aut nondum præſtita, ſi à par- 30 te non exigatur, ita in terminis tenet Caſtr. *in l. peto. §. fratre herede. n. 3. & 4. l. 2. quam refert &ſe-*

& sequitur. Alex. cons. 96. in pr. vol. 4. Quemadmodum in simili vsufructuarius † fructus suos facit, etsi cautionem non præstiterit de vtendo arbitrio boni viri aut restituẽdo, si ea à proprietario sciente eum vti frui, exacta non fuerit. *Bart. l. vxori n. 1 per ill. text. vsufr. leg. Castr. d. §. fratre herede. n. 4. Angl. §. 1. n. 4. Inst. vsufr. Alex. d. cons. 96. nu. 1.* Et tamen certum est, vsufructuarium ante omnia cautionẽ illam præstare debere. *l. 1. §. cauere quemadmodum vsufr. cau. l. fin. si cui plus quam per l. Falcid.* Verum illud cum moderamine præfato accipiendum, sc. si cautio à proprietario petita fuerit: quo casu si non præstetur, vsufr. fructus suos non facit. *fac. text. sing. l. 2. §. quod ait prætor. quor. leg. text. l. 1. §. non exigit prætor. vt in possess. legat. Dec. cons. 507. nu. 3. & cons. 608. n. 2. Angl. d. §. 1. n. 4.* Atq; in præsenti à domino à Lichtenfelß non fuit exacta cautio. Ergo iudex ad instantiam partis aduersæ ad executionem procedere potuit per iura & rationes prædictas.

Præterea nullum præiudicium domino à Lichtenfelß d. paritionis sententia attulit, non fuit p eam grauatus, cũ adhuc liberum ei esset, ante paritionem, exceptionem non præstitæ cautionis obijcere, & hoc pacto vigore sententiæ principalis, donec cautio præstaretur, executionem impedire. At postquam dominus à Liechtenfelß iam quasi per obliquum excepisset de cautione nondum præstita, petenti moram non fecerunt die von Westen/ sed quantum in ipsis fuit, fuerunt conati sententiæ definitiuæ parere, offerendo cum fide iussoribus sufficientem cautionem, quam ex interuallo cum solenni protestatione diligentiæ reuocarunt, & repetierunt, eiusq; oblationis instrumentum in forma authentica in iudicio Cameræ 5 Maij. Anno 61. exhibuerunt. Cuius instrumenti copiam ex text. ordinat. & contradicend. D. Regnardus Obenhin procurator domini à Lichtẽfelß obtinuit, quod cum præfixo tempore non faceret, fertur 7. Iulij Anno 61. interlocutoria, & ex officio tempus ad primam post ferias, was sich auff jüngst fürbracht Instrument zu handeln gepührt/ sub comminatione conclusionis, in illo puncto præfigitur, tandem vigore d. interlocutorio, sc. 1. Septembris. Anno eod. Obenhin dedit exceptiones contra productum instrumentum cautionis. Excepit, eam locum non habere propter pendentem reuisionem. Item quod oblatio cautionis vnzeittig eingeführt.

Quibus omnibus diligenter in vtramque partem consideratis, Camera post multum tempus vid. 30. Octob. Anno 62. non obstantibus exceptionibus domini à Liechtenfelß acceptat instrumenta, cautionem & paritionem, quę propter oppositam exceptionẽ cautionis non pręstitæ, tantisper in suspenso erat, & denuo iniungit sub comminatione euentuali declarationis pœnæ executorialium.

Vnde clarissime ostenditur d. Westen ex sua parte omnem diligentiam adhibuisse & domino à Lichtenfels petenti moram non fecisse. Cameram vero in executionis processu plenam caussæ cognitionem adhibuisse, & ex iustissimis rationibus instrumentatam cautionem, tanquam sufficientem, per sententiam acceptasse, eamq; sententiam in rem iudicatam transijsse, atq; sic cõcludo legitimo vbiq; iuris ordine seruato, nihil præcipitanter decidisse, sed recte & debito modo ad executionẽ processisse. Idq; ita factum esse concludo.

Ad extremum, quod ad decretam in Camera inhibitionem attinet, admodum † impertinenter à domino à Lichtenfelß cõtra eandem excipitur.

Quid enim possessorium † iudicium cum petitorio commune habet, *l. naturaliter. §. nihil commune acquir. poss.* Possessionem restituat vigore sententiæ principalis, quæ in rem iudicatam transiuit, & sic paratam habet executionem, *per ea quæ supra deducta sunt*, nimirum ante restitutionem nihil attentare, nihil innouare debet. Facta vero restitutione saluũ habet petitorium iudicium, agat tum si visum fuerit, ad priuationem feudi, seu commissam feloniam. Neque enim hic obiecta iuris regula locum habere potest, dolo † sc. facit qui petit. *c. dolo Reg. iur. in 6. l. in condemnatione. §. dolo. eod. t. l. si donaturus. §. si quis indebitum cond. causa data. & ibi Iaf. n. 8. cum seqq.* quam regulam vehementer dominus à Liechtenfelß ad hoc vrget, quia ex communi Dd. sententia prædicta regula locum non habet in iudicio possessorio recuperandæ, prout tradit Dyn. *c. dolo circa f. & Dec. d. §. dolo.* Ratio, quia spoliatus † ante omnia restitui debet, & priuilegium spolij, vt spoliatus ante omnia restituatur, non attenta exceptione dominij seu proprietatis, etiamsi offerretur probatio in continenti. *l. si quis ad se fundum C. ad l. Iul. de vi publ. l. 1. C. si per vim vel al. modo. l. 1. §. 1. in glo. verbo recuperandam vi & vi arm. Boer. decis. 238. n. 2. p. 2.*

Ex quibus omnibus necessario requiritur domini à Liechtenfelß prætensa grauamina, iura, allegationes & exceptiones nullius esse ponderis aut momenti, factũq; executionis processum, retardare aut suspendere non posse.

Saluo.

&c.

DEC.

DEC. V. VOTVM VIII.

In Caussa der Runckelischen Kinder Vormunder/ *Contra* Burg. vnnd Rath der Stadt Sp. Mandati executorialis.

Immissio in possessionem decreta à Cameralib. à senatu Sp. impugnatur.

SVMMARIA.

1 *Ad actum praeiudicialem omnes citandi sunt, quorum interest.*
2 *Missio in possessionem iudicis auctoritate facta in re per alium possessa non nocet possessori nō citato, eumq; possessione non priuat.*
3 *Immissio caussa cum cognitione fieri debet, alias non valet.*
4 *Missio in possessionem inordinate fit duobus modis.*
5 *Iudex, qui sine caussa cognitione procedit, nullo iuris ordine seruato, spoliare dicitur, & ita spoliatum ante omnia restituere debet.*
6 *Spoliatus non potest regulariter à iudice restitutionem petere, eo quod pro eius processu praesumatur. Fallit in processu extraiudiciali.*
7 *Iuste possidet, qui pratore auctore possidet.*
8 *Iudici extra officium iubenti impune non paretur.*
9 *Ius dicenti supra iurisdictionem impune non paretur.*
10 *Defectus iurisdictionis reddit sententiam ipso iure nullam.*
11 *Prado etiam in sua possessione manutenēdus, & spoliatus ante omnia restituendus.*
12 *Territorium potest esse sine iurisdictione, & econtra.*
13 *Immunitas munerum patrimonialium in iure fundata est, & ea merito gaudent Camerales.*
14 *Persona si non sunt subdita, res quoq; eorum immunes sunt.*
15 *Clerici à laicis collectari non possunt, etsi bona in eorum territorio habeant.*
16 *Clerici exempti sunt à iurisdictione laicorum.*
17 *Tutor datus à iudice, sub quo est pupillus, habet etiam administrationem in rebus extra territorium suum sitis, si scilicet nullus sit contradictor.*
18 *Iudex officium suum imploranti impartiri debet.*
19 *In officio iudicis, quod loco actionis imploratur, etiam libellus & litis contestatio requiritur.*
20 *Metuens, ne alius suam possessionem inuadat, ad consequendum iudicis interdictum, faciat fidem de possessione in libello, non seruato ordine iudiciali.*
21 *Filij sunt iusti heredes patris.*
22 *Mater est vsufructuaria bonorum paternorum.*
23 *In notorijs ordo iuris non requiritur. & num. 29.*
24 *Officium iudicis latissime patet, & implorātibus illud impartiri necesse habet.*
25 *Pupillorum fauore multa contra regulas iuris recepta sunt.*
26 *Pupilla, vidua & miserabiles persona possunt recurrere ad principē, & declinare proprios iudices ordinarios, etiam per viam simplicis querela.*
27 *Priuilegio pupillis, viduis & miserabilib. personis, miserationis intuitu indulto, renuntiari nequit.*
28 *Continuandi animum habens non acquirit de nouo.*
29 *Cautela abundans in iure non nocet.*
30 *Aduersarius possidens in iure est potior.*
31 *Filia heres instituta petens se mitti in possessionem, mittitur etiam in possessionem rerum feudalium, nec agnati masculi erunt legitimi contradictores.*
32 *Spolium sine possessione non committitur.*
33 *Amitti non potest, quod acquisitum nō fuit.*
34 *Priuatio prasupponit habitum.*
35 *Aliud est possidere domum, aliud esse in domo.*
36 *Colonus, qui est in possessione, habitare dicitur, non possidere.*
37 *Colonus inspecta veritate possidet naturaliter, non interpretatione iuris.*
38 *Possessio rerum hereditariarum non nisi apprehensione acquiritur.*
39 *Parte fundi apprehensa, dicitur totus fundus apprehensus.*
40 *Vna re apprehensa catera non censentur apprehensa.*
41 *Ius oritur ex facto, & qui in facto errat, ius quoq; falsum vt inferat necesse est.*
42 *Articuli erronei non admittuntur, nec probati quidquam releuant.*

IN NOMINE
Domini. Amen.

QVÆRITVR an immissio rite decreta sit nec ne? Pro ratione dubitandi quędam in iure pręmitto.

Quod ad omnē actum præiudicialem 1 † citandi sunt omnes, quorum interest. *l. de vno quoq. re iud.*

2 II. Quod † missio in possessionem iudicis autoritate facta in re per alium possessa, non noceat possessori non citato, eumq; possessione non priuet. *Bald. l. 2. n. 5. C. ne vx. pro mari. Inn. c. quoniam vt lit. non cont.* 3 Debet enim immissio † cum caussæ cognitione fieri, alias non valet, adeo quidē vt inuadens possessionem superioris authoritate temere impetrata, incidat in constitutionem. *l. meminerint C. vnde vi:* Ita vt ab omni suo iure cadat. *l. f. C. si per vim vel alio modo. Bart. l. 1. C. comm. Ripa l. naturaliter. §. nihil commune nu. 59. cum seq. acquir. poss. Zas. l. Pomponius. §. si iussu n. 9. eod t. Bald. l. f. n. 11. C. D D. D. Adriani toll.* 4 vbi dicit, quod † missio in possessionem inordinate fieri dicatur duobus modis.

I. Possessore non citato, & tunc debet reuocari, constitutione de possessione.

II. Non facta discussione iurium contradictoris, & tunc reuocatur sine alia probatione. *Bald. l. si pacto. n. 2. de pact.* vbi dicit, quod tali casu reuocari debeat, etiam sine partis aduersæ citatione.

5 III. Prætermitto, quod † iudex, q sine caussæ cognitione processit, nullo iuris ordine seruato, spoliare dicatur, ita quod eo modo spoliatus ante omnia sit restituendus. *text. c. conquerente. Rest. spol. & ibi Panor. n. 3. Boer. decis. 238. n. 4. cum seq. p. 2. Ripa. d. l. naturaliter. §. nihil commune. n. 58. cum seq. Mar. in 1. disput. n. 30 facit d. l. f. C. si per vim vel alio modo.*

Nec obstat, quod regulariter spoliatus † 6 non possit à iudice petere restitutionem eo, q pro eius processu præsumatur. *c. præsentiam 7. q. 1.* 7 Et iuste possidere † dicatur, qui prætore autore possidet *l. iuste acquir. poss. l. qui autore R. iur.* Quia illud non obtinet, quando extraiudicialiter de facto sine caussæ cognitione processit, quia tunc loco priuati est, &, vt dixi, spoliare dicitur. *d. c. conquerente. vbi Bart. pulchre n. 3. & 6.* 8 Nam † iudici extra iudicium officium iubenti impune non paretur. *Zas. d. l. naturaliter. §. nihil commune.*

9 IV. Præmitto † quod ius dicendi supra iurisdictionē impune non pareatur. *l. fi. & ibi Bart. Alex. & communiter dd. iur. om. iud.* quia defe- 10 ctus † iurisd. reddit sententiam ipso iure nullam. *l. 1. §. hæc autem verba quod quisq. iur. l. 1. & ibi Bartol. in pr. C. ped. iudic. & t. t. si autem non comp. iud.*

V. Præmitto, quod prædo etiam in sua possessione sit † manutenendus, & spoliatus ante 11 omnia restituēdus. *c. in litteris rest. spol. l. 1. §. quod à me vi & arm.*

His præmissis redeamus ad propositam quæstionem.

An Fundata iurisdictio?

ET primo omnium videndum est de iurisdictione, an in ea simus fundati. Quod ad me attinet dixi, & adhuc sub correctione dominorum dico, quod sic, non solum ratione tutorum & pupillorum, verum etiam bonorum. De tutoribus & pupillis dubitatio nulla est. Quod ad bona attinet, cum sint sine contradictione pupillorum, necessario sequitur ea quoq; saltem quoad exercitium iurisdictionis & fori competentiam Cameræ subiecta esse. Non sequitur, *res sita est, in meo territorio.* Ergo iurisdictioni meæ subiecta est, quia alterum sine altero etiam potest, territorium 12 † sine iurisdictione & econtra. *Bart. l. 1. n. 15. iurisd. om. iud.* vbi Ias. *n. 12. & seq. ordin. imperij* 13 *t. 49. §. 1. p. 1.* expresse nos † vna cū rebus nostris à iurisdictione ciuitatis eximit, immunitatem quoq; munerum patrimonialium tribuit, daß wir Vngeldts / Zollß vnnd andere Beschwerden / auch andere Gerichtszwäg frey sollen seyn / quę quidem immunitatis concessio, quantum ad extraordinaria munera, quæ incertam habēt præstationē, & ratione personarum rebus imponuntur, in iure quoq; fundata est. Nam 14 si personæ non sunt subditæ, res † quoq; immunes erunt. *gl. ad rubr. C. eod. t. Ias. l. placet. n. 5. C. SS. Eccl. fac. l. libertus. §. sola ad muni.* Hinc est, 15 quod † clerici à Laicis collectari non possunt, 16 etsi bona in eorum territorio habent, quia † exempti à iurisdictione Laicorum sunt, *text. Auth. nulla communitas. C. Ep. & Cler. c. non minus immun. Ecclesiarum. c. 1. Eod. t. in 6. Alex. cons. 68. n. 2. vol. 2.*

Moueor etiā præiudicijs, q pupillis tutores & curatores adultis, qui principaliter rebus dantur, quotidie constituamus & ordinemus, bona describi, annotari & obsignari faciamus, & sine cōtradictione senatus mādamus. Ergo non tantum ratione personarum, sed etia rerum saltem quoad exercitium iurisdictionis attinet, fundatam habemus iurisdictionem. 17 Accedit quod † tutor datus à Iudice, sub quo est pupillus, habeat etiam administrationem in rebus extra territorium suum vbicunque sitis. *Bartol. l. legitimos. nu. 5. in f. leg. tutor. Alex. li. f. nu. 12. iurisd. om. iud.* Quod tamen ita accipiendum est, si nullus contradictor sit. Nam si contradictor sit, ita quod necessario immissio sit facienda in possessionem per ministros Iudicis, non sufficit licentia iudicis sub quo pupillus est, sed scribi debet illi iudici, sub

sub quo res sitæ sunt, ita restringit d. doctrinam Bart. *d l. legitimos. n.12. & Bald. l. fin. n.46. C. Ed. D. Adr. toll. per text. l. cum vnus. §. is qui possidere. Bon. auth. ind. possid. & ibi Bartol. in pr.*

Concludo igitur iurisdictionem nostram fundatam, atque etiam in pleno senatu antea quoq;, si recte memini, conclusum fuisse, arbitros sub correctione.

Ratio decreti.

NVnc ad decreti rationem accedamus. Fũdamentum decreti non consistit in petitione hereditatis vel interdicto Quorum bonorum aut beneficio. *d. l. f. C. Ed. D. Adr. toll.* Sed in imploratione nobilis officij iudicis, quod per se stat, siue hoc suo motu exerceat, siue ad instantiam partis. *Bart. l. 1. n. 12. iurisd. om. iud.* de quo officio nobili late Ias. *§. 1. n. 54. Inst. act. Zas. l. vinum. n. 6. si cert. pet.* Item consistit in possessione pupillorum. Quod ad primum attinet, iuris est certissimi, iudicem officium † suum imploranti impertire debere. *l. 4. §. hoc autem iudicium dam. inf.* Hic imploratum est officium pro immissione. Ergo impertiendum illud fuit.

18

Quæritur modo an cum caussæ cognitione hoc fieri debuit? Et licet regulariter in officio iudicis, quod loco actionis † imploratur, etiam libellus & litis contest. requiratur, *Bart. l. nec quicquam §. vbi decretum. n. 3. off. pro cons. & leg.* tamen hoc non procedit, quando contra incertam vel nullam personam officium interponitur, & iudici verisimilis de vacua vel etiam apprehẽsa possessione fides facta sit. Quo casu potest ad implorationem & supplicationem partis iuris ordine non seruato de pleno procedere, & immissionẽ decernere, per doctrinam Bart. *d. §. vbi decretum. n. 3. Specul. off. om. iud. § iudicis. n. 14. cum seqq. & Specul. de lib. concept. § nunc dicend. n. 7. Bald. d. l. f. n. 21. C. Ed. D. Adr. toll.* vbi dicit, si aliquis metuat ne † alius suam possessionem inuadat, sufficit ad consequendum iudicis interdictum facere fidem de possessione in libello, non seruato ordine iudiciario. *fac. opt. l. liberis § f. liber caussa.* Iam in præsenti Iudici non solum in libello supplicationis, verum etiam ex propria militis confessione fides de possessione & iure pupillorum facta est, vbiq; enim in omnibus suis supplicationibus fatetur expresse, se nihil iuris habere vel prætendere in bonis paternis, iam quoque notorium est supplicantes esse filios, Ergo † heredes patris *l. in suis lib. & posth.* Mater dum viueret † vsufructuaria. *l. fœmina C. secund. nupt.* possessionem nomine pupillorum apprehendit, quam postea dati tutores continuarunt per actũ aditionis & inuentarij cõfectionem. Secundus maritus miles noster fatetꝰ, vt dixi, bona paterna pleno iure esse pupillorũ, seque nihil in ijs habere iuris aut prætendere.

19

20

21

22

De præmissis omnibus fides iudici facta fuit. Hæc autem cum sint notoria, in quibus ordo iuris † no requiritur. *c. ad nostram iureiur. c. pastoralis iudic. Specul. de lib. concept. & nũc dicend. n. 10.* cur iudex imploratus in re minime controuersa, nullo apparente legitimo contradictore, officium suum nobile, quod alias latissime patet. *l. 1. iurisd. om. iud.* impartiri non posset? Accedit, quod multa fauore pupillorum & regulas iuris communis recepta sint, prout *not. Mar. Anton. Patu. tr. suo de fauore pupill.* Et quod ad præsentem casum attinet optime fac. *l. vn. C. quando imp. iur. pup. & vid.* vbi habetur, quod pupillæ, viduæ † & miserabiles personæ possint recurrere ad principem & declinare proprios iudices ordinarios, etiam per viã simplicis querelæ. *Ita not. ibid. Bald. 1. 2. & 3.* Quod adeo † verum est, vt huic priuilegio renunciari non possit, eo quod illud indultum sit miserabilibus personis miserationis intuitu. *Bald. d. l. vn. n. 3.* Si igitur de iure communi fauore pupillorum illud obtineat in omnibus pupillis cuiuscunque fori, quanto magis in pupillis immediate, & sine controuersia naturæ iurisdictioni subiectis, vt in casu præsenti, vnde vel hoc solo fundamento habemus iurisdictionem fandatam ex beneficio constitutionis. *& d. l. vn. C. quando imp. int. pup.*

23

24

25

26

27

Porro obijci forte posset, si fuerunt pupilli in possessione, quorsum opus fuit immissionẽ postulare? Respon. non ad acquirendam denuo possessionem, sed ad continuandam eam acquisitã: aliud est acquirere, aliud cõtinuare,

Nam † qui habet animum continuandi, non acquirit de nouo. *Bald. d l. f. nu. 21. Bart. l. si finita. § Iulianus. n. 22. Dam. in f.* vbi dicit, quod missio etiã potest fieri ei, qui possidet rem ad effectum sc. ne turbetur. Adhoc est text. *l. si proprietarius vers. ergo d. t.* Et notum est, in iure † abundantem cautelam non nocere. *l. non solent. R. iur.* De bonis maternis nulla quæstio est, sed facta immissio ad ea nõ pertinet: refero me ad tenorem commissionis. Habet miles de facto, quod petit, omnia sc. bona materna, tam mobilia, quam immobilia, prætextu allegatæ cuiusdam consuetudinis Sp. an iure vel iniuria hac cognitionem non desiderat, quæ ad nos non spectat, sed ad ordinarium dicti militis, hoc est, senatum Sp.

28

29

Et per præd. 1. 2. & 3. præmissa, satis confutata esse puto. In notorijs, vt paulo ante dixi, nulla causæ cognitio requiritur. Si nemo possidet, nemo est de necessitate citandus, sed agere eum oportet, qui aliquid contra ius factum esse allegat. Nam cum aduersarius possidet, † ipse debet esse potior. *§. commodum inst. interd. Bald. d. l. f. nu. 6. C. Ed. D. Adr. toll.* Ad q optime facit, q notat *Ioã. Andr. ad Specul.*

30

t. de

t. de testam. §. sequitur. n. 40. verbo personam vbi dicit, quod† filia heres instituta petens se mitti in possessionem, mittatur etiam in possessionem rerum feudalium, nec agnati masculi erunt legitimi contradictores. Ita tenet Bald. *c. 1. controu. int. masc. & fœm. in pr.* vbi dicit, quod onus probandi imponitur agnato, & non filiæ, quia qui confirmat debet probare. Idem tenet *Alex. d. l. f. n. 3.* Sic in præsenti, si miles immissionem non rite factam esse velit, aut si alias quid iuris in bonis hereditarijs prętendat, agat ipse.

31

Non debet in casu notorio ipsos pupillos actores constituere, eosq; commodo possessionis priuare, maxime cum ipse intus habeat, quod petit, omnia bona sc. materna. Quid amplius requirit? nunquid etiam vt paterna simul in cinerem fumumq; redigat? res est profecto commiseratione dignissima.

Non obstat quartum præmissum, quia meo iudicio, vt supra conclusi, tam personæ, quam bonorũ ratione satis in iurisdictione fundati sumus, nihil nobis vnquam negotij cũ milite fuit, nihil iurisdictione contra illum exercuimus.

Non obstat quintum præmissum, quia si fur manutenendus in sua possessione, multæ magis veri possessores. Spolium† non committitur sine possessione. *l. 1. § si quis vers. interd. vi & vi arm. Dec. conf. 125. in pr. vol. 1. c. cum olim. caussa poss. & propriet.* Miles nunquã possedit bona paterna. Ergo spolium allegare non potest, qa amitti† non potest, quod acquisitum non fuit, *l. non videtur R. iur.* Priuatio † enim præsupponit habitum. *l. diem V. obl.* Non sequitur, *est in domo.* Ergo *possidet.* Quia aliud est possidere domum, † aliud esse in domo, quemadmodum aliud possidere, aliud esse in possessione. *l. cum meo. acquir. poss. Schurff. conf. 35. in f. cent. 1.* Colonus † est in possessione, sed tamẽ non possidet, habitare enim non possidere dicitur. *l. si duo. §. cum inquilinus vti possid. l. si quis demum. § habitatores. locati l. si quis ante acqr. pos. Alex. conf. 51. n. 5. in f. vol. 1.* Nam possessio quãdoq; sumitur pro detentatione etiam sine animo. Sic Colonus† inspecta veritate possidet naturaliter, sed iuris interpretatione non possidet. *Raph. Cumanus. l. 1. n. 12. cum seq. acquir. poss.* Licet igitur miles inspecta veritate naturaliter detineat domum, iuris tamen interpretatione non possidet.

32 33 34 35 36 37

Et quod neq; animum possidendi habuerit vnquam, constat ex multiplici ipsius confessione in supplicatione ad iudices Cameræ & senatum Sp. daß er mit den Runckelischen Gütern nicht zuthun habe. Imo constat tutores nomine pupillorum etiam viua matre in possessione bonorum fuisse paternorum, aut saltem post mortem eius, per ingressum domus, & actum confectionis inuentarij: Item exhibitionem & custodiam der Güldtsbrieff. Et sine dubio sic censentur apprehendisse possessionem domus, in qua est miles. Dominium omnium rerum paternarum statim à tẽpore aditionis fuit penes pupillos *l. 18. veteres. l. cum leg. de acquir. poss.* Possessio † vero rerum hereditariarum non nisi apprehensione acquiritur. *d. l. cum heredes & ibi Zas. in pr. Idem Zas. l. 3. n. 27. acquir. possess.*

38

Quibus locis eleganter docet Zas. an apprehensa vna re hereditaria, censeantur omnes res hereditariæ apprehensæ, sicut in feudo receptum est, apprehensa † parte fundi, dicitur totus fundus apprehensus. *d. l. 3 acquir. poss.* sed in hereditarijs rebus concludit contrarium, quod sc. vna † re apprehensa, cæteræ non censeantur apprehensæ. *l. 1. §. veteres. vbi Ias. Alex. Zas. d. l.* In præsenti vero quoad domum attinet, non solum dominium per aditionem. *d. l. 1. §. veteres d. l. cum heredes,* verum etiam possessio per apprehensionem acquisita fuit.

39 40

Ex quibus omnibus plane perspicuum esse puto, reorũ articulos in iure & facto erroneos atq; falsissimos esse. Fundant illi suos articulos in persona militis subditi, cum quo nobis nihil vnquam, vt dixi, negotij fuit. Nos contra in personis & bonis pupillorum ex rationibus prædictis. Fingunt militem possessorem domus, nos pupillos etiam ante immissionem possessores fuisse adseueramus. Conqueruntur de turbata sua iurisdictione. At sane si accuratius rei indignitatem consideremus, magis in contemptum Cæs. Maiestatis, & statuũ naturam perturbant. Cum igitur in facto errent, falsum ius quoq; vt inferant necesse est, quia ex † facto ius oritur. *l. si ex plagis §. in cliuo ad l. aquil.*

41

Concludo itaq; immissionem ex nobili sc. Iudicis officio, ad instantiam tutorum in fauorem pupillorum, in re paterna, iam ante possessa, minime controuersa, personis & rebus nostræ iurisdictioni subiectis, nullo apparente legitimo contradictore ad propriam militis confessionem rite decretam fuisse & esse. Nunc de mãdato executoriali conclusum in pleno senatu, decretum illud immissionis manutenendum. Inprimis senatus Sp. solenniter à Iudice, & adsessoribus requisitus est, vt pupillos nostræ iurisdictioni subiectus in re, vt dixi, non controuersa, hereditaria & paterna contra militis violentiam defenderent, id quod facere non solum detractarunt, sed etiam militis patrocinium in se susceperunt. Cur igitur ad extremum non liceret nobis iurisdictionem Cæsaris & statutum mandatis pœnalibus defendere, in facto notorio, in caussa pupillorum, in rebus iurisd. subiectis? *t. t. si quis ius dic. non & ibi latiss. dd.*

Concludo, executoriale mãdatum iuri, honestati & æquitati conforme & consentaneum es-

m esse: articulos vero reorum, tanquam irrelevantes, in facto erroneos, non admittendos, sed reijciendos, quia probari † nihil releuarent. *l. ad probationem 2. & ibi Bart. n. 1. C. probat.* & vlteriorem paritionem finaliter Reis iniungerem, sub forma sequenti.

Sententia.

IN Sachen weilandt D. Hermann Runckels hinderlassen Kinder Vormünden/ in actis benendt/ Cldgern wieder Burg. vnnd Rath gemelter Statt Beclagten/ seyn die articulirte Einrede den 21 Febru. jüngst fürbracht/ als vnerheblich nicht angenommen/ sondern erkendt/ daß gedachte Beclagte/ nachmals in Zeit eines Monats/ so jhnen von Amptswegen darzu angesetzt/ glaublich Anzeig thun/ daß dem außgangenen Verkundten/ vnd reproducirten Kayß. Executorial Mandat/ alles seines Inhalts gehorsamlich gelebt sey/ mit dem Anhang/ wo sie dem also nicht nachkommen werden/ daß als dann der gebetten declaration Pœnæ halben/ endtlich ergehen soll/ was Recht ist. Concepta fuit hæc sententia 20. Martij anno 64. non tamen fuit publicata, sed sequens. Relata autem fuit hæc caussa in pleno Senatu me Ref. 22. Febr. Anno 64. cõtinuata & notata per alios D. Assessores 16 & 18 Mart. Anno eod. Omnes vnanimiter mecum concluserunt exceptis duobus, qui sane ex grauissimis rationibus in contraria fuerunt sententia, quas hic adscribere nolo, Fiat iustitia non vt pereat, sed vt conseruetur mundus. Sequens sententia publicata est in hac caussa, 22. Mart. Anno 64.

Sententia.

IN Sachen 2c. seind die articulirte Einreden den 20 Febr. jüngst fürbracht/ als vnerheblich/ nicht angenommen/ sondern erkandt/ daß gedachte Beclagte den außgangenen Verkunden/ vnnd den reproducirten Kayß. Executorial Mandat/ nachmahlen vnnd in Zeit/ bey Pœen darinn bestimmet/ würcklich zugehorsamen schüldig/ mit dem Anhang wo sie solchem nicht nachkommen werden/ daß als dann auff gemelts ferrner Anruffen endlich ergehen soll/ was Recht ist.

DEC. V. VOTVM IX.

In Caussa præcedente, sed alterius adsessoris.

SVMMARIA.

1. *Hominum genus in ciuitate triplex.*
2. *Incolæ sunt, qui sedem fixam alicubi habent re & facto, ibi [illegible] larem rerum ac fortunarum summam con[illegible]tutam habent, commodisq; ciuitatis vtunt[illegible]r.*
3. *Aduenæ g[illegible]neratim accepti subijciuntur quoad iurisdi[illegible]ionem ciuitati, si ibi contrahunt, vel conduc[illegible]unt aliquid.*
Cameral[illegible]es coloni sunt vel quasi metatores, illic missi [illegible] destinati ab Imperio, non vt ciuitati subijce[illegible]rentur, sed vt ibi, velut in loco commodiore[illegible], iurisdictionem exercerent.
Camer[illegible]ales viuunt secundum leges & consuetudines e[illegible]orum, non ciuitatis, cuius fidei & protectioni [illegible] commissi sunt.
Ca[illegible]merales non adstringuntur vllo muneri, vel [illegible]personali, vel patrimoniali ciuitati, nec res eor[illegible]um.
C[illegible]amerales, si emant proprias ædes an respectu e[illegible]orum ciuitati subijciantur.
Cameralium iurisdictio in tutorib. dandis, ij[illegible], quorum parentes iurisdictioni camerali subiecti fuerint.
4. *Cameralium iurisdictio non solum ad personas pertinet, sed etiam ad res.*
5. *Inuentatio omnis pretore auctore fit, vel per Iudicem eius loci ordinarium.*
6. *Adsessores, vel alij quicunq; Cameræ subiecti in nulla vel generali totius imperij, vel particulari collectatione pro domo, quam possident, contribuunt.*
7. *Census rei inhæret, & cum eo transit.*
8. *Vsufructuario morto vsufr. ipso iure cum proprietate consolidatur.*
9. *Vsufr. peti debet ab herede, si is sit in possessione.*

IN NOMINE Domini. Amen.

DVO sunt in hac caussa fundaméta, vnum iurisd. fundata: Alterum causæ iustitiæ. Econtra duo sunt fundamenta. Exceptionis iurisdictionis non fundatæ, & caussæ iniustitiæ.

De iurisdictione adhuc permanet in ea sententia, de qua initio nemo dubitauit. Quia, qui postea id mouere cœperunt, magis mihi viden-

videntur dubitasse propter adiectam qualitatem, quam de Iurisdictione per se considerata. Quia tamen post factum controuertitur, per pauca ad ea, quæ D. Ref. pro hac sententia explicauit, addenda censui.

1 In ciuitate triplex † hominum genus est. Aut originarij sunt, aut incolæ, aut aduenæ seu peregrini.

De originarijs clarum est, non esse nos tales in hac ciuitate, nec incolæ sumus. Ratio ex varijs LL. in promptu est. Non † enim sedem 2 fixam hic habemus re & facto. *l. censoria. l. pupillus. §. incola. V. oblig. l. aßumtio ad municip.* Non hic larem rerumq; ac fortunarum summam constituimus. *l. ciues C. incol. lib. 10.* Non commodis ciuitatis vtimur. *l. eius. §. 1. ad municip. l. scien[illegible] excus. tut.* Sequitur ergo nos aduenas & pereg[illegible]inos esse, *d. l. pup. §. incola l. 1. §. hospes qui deiec.* [illegible] *effud. l. heres absens. iudic.* At non simpliciter tales [illegible] sumus.

3 Nam aduenæ † generati[illegible] ciuitati, si ibi contrahunt vel conducunt aliquid *d.* [illegible] uasi meVerũ arbitror nos colonos esse vel [illegible] sumus tatos, vtpote, qui huc missi & destinati [illegible] sed ab imperio, non vt ciuitati subijceremur, [illegible] vt hic tanquam in loco commodiore iurisdictionem imperij exerceremus, nostris legibus & iure viuentes. De his Colonis in iure nostro non nisi in paucis LL. fit mentio. *l. eius [illegible] ad municip. l. pupillus. §. decuriones. V. sig.* Duæ [t]amen sunt ll. de metatis. *l. idem Vlpianus in [t]ext. gracè excus. tut. l. certa forma C. iure fisci. lib. 10.* quæ tamẽ ad rem parum faciunt, sed ex historijs res illa est manifesta. Doctores quoq; non improprie quidem in his personis, sed in similibus hanc materiam in multis locis explicant. *l. cum venerit. §. si nuda. pig. l. 2. l. prouinciales. V. sign. l. 1. ad municip. c. Rodolphus. Rescript.*

Ex quibus sane hanc doctrinã capio, quod secundum ll. & consuetudines nostras viuere debemus. Non enim ciuitati adiuncti sumus, sed fidei & protectioni eius commissi, quod nec nos, nec res nostræ in vllo munere, vel personali, vel patrimoniali ciuitati adstringimur. Item, si ius prehensionis aut manuum iniectio contra ciuitatem hanc decernatur, non nos, nec bona comprehenduntur. Sed forte de his rebus, nemo dubitat. At de eo inter nos non cõuenit. Si hic emimus ædes proprias, an non respectu earum ciuitati subijciamur? In qua quæstione hos duos text. habeo. *l. liberus. §. sola ad municip.* Sola ratio possessionis possessori muneribus iniungendis idonea non est. Item sola domus possessio, quæ in aliena ciuitate comparatur, domicilium non facit. Idem ijsdem fere verbis dicitur. *l. onm neq, C. incol. lib. 10.* ex quibus difficultas nostra solui videtur. Et sane vsurpatum id audio. Nam nõ puto quenquam eo magis se ciuem putare quod hic domum habeat, aut eo magis se ad stringi ad ciuilia munera. Quod quia verum est, consequi videtur, se etiam non eo magis iurisdictioni ciuitatis subijci. At potius vt reliquæ res nostræ iudici nostro subijciuntur, ita etiam domus. Intelligo autem quoad vnam domum quam hic aliquis nostrum emit, necessitate quadam inhabitandi. Si enim huc cõmigrare nos oportet, habitatio necessaria est, non minus, quam quælibet suppellex. Non æque commode alienæ, quam nostræ inhabitantur ædes, eoq; pertinere puto prędictas leges: vtor etiam argumento. *l. cunctos. l. maximum C. excus. mun. l. 1. & 2. C. priuil. eorum qui in sac. pal. milit.* Si quis enim dicat, nos aut locum veterum senatorum in imperio obtinere, aut consistorialium, aut adsessorum, personarum illustrium, non omnino mea sententia aberrauerit. Cæterum si præter necessitatem aliquam domum quis emeret, putarem nos versari in d. l. *heres absens iudic.* nec eo vsq; iurisdictionem nostram extendendam. Hoc etiam ordinatio videtur exprimere, ne quæstum hîc facere videamur.

Vrgebo hunc locum vnica quæstione, si controuersia fiat inter duos vicinos subiectos [C]ameræ, qui proprias habent ædes & conti[illegible] ex edicto de damno infecto, & cum alter guas [illegible] lit, quis immissionem faciet in non cauere no[illegible] à quo petam manu teneri. cauentis æde[illegible] dixi, ex facti constitutione vi[illegible] merali fieri debere. Ex quo

Ex ijs, quæ [illegible] strum imperium ad se tradetur à iudice Ca[illegible] , vbi in rem agi oportesequitur, quod no[illegible] *15. & 19. C. lib. 3.* Poshat iura generalia ill[illegible] at, vbi de possessione[illegible] m domus mea ab omsunt etiam res meæ, ite[illegible] libera esse, & tamen nibus ijs, quæ diximus, [illegible] i. Quod res meæ iurisdictioni alterius subij[illegible] eficium, & ab ijs liberæ sint, personæ est ben[illegible] one personæ inomnibus libera sunt, quæ rati[illegible] potest rei inhæferuntur. Iurisdictio vero dici[illegible] realia, *per iura* rere, non minus, atque cætera [illegible] ntem Imp. & *vulg.* sed probabile est, eam m[illegible] iuitatis. Nam statuum fuisse, tum etiam ipsius c[illegible] ; sumus, ea postquam huc destinati receptic[illegible] uisse & perlege, vt nostro iure viueremus, vo[illegible] dũ reliquæ misisse ipsos nobis, vt quemadmo[illegible] untur, ita res nostræ ipsorum iurisdict. exim[illegible] ibitamus: etiam domus, quam necessario inh[illegible] impune alioquin horum respectu possemus [illegible] *sed si a-* contumelijs & damnis affici. *arg. l. 2. §.* [illegible] *gam iudic.*

Hoc imperium multis actibus, nece[illegible] que illationibus comprobatur, quorun[illegible] mus est, quod tutores damus & curator[illegible] mnibus ijs, quorum parentes nostræ iur[illegible] ctioni subiecti fuerunt, qui actus non [illegible] 4 † iurisdictionis necessarius est. *l. vbi petãt [illegible] tutor. & curat. illustr. person.* Sed vt quidam

lunt meri imperij. *Bart. l. 1. ff. eius cui mand. est iurisdictio.* Quia specialiter competit *l. muto. §. tutelæ datio. Tutel.* Communior opinio, quod mixti imperij, quod magis est, quam iurisdict. *dd. ad l. 1. iurisd. om. iudic.* Nec † solum ad personas pertinet nostra iurisdictio, sed & res, ex eo, quod curatores etiam damus, qui principaliter reb. dantur. *dd. ad t. vbi pet. curat. l. 1. §. quoties. vent. in poss. mitt.*

5

Secundus actus est, quod res defunctorum (siue illi ex nostris sint, siue aduenerint litigandi causa,) omnes illas qualescunq; sint, siue mobiles, siue immobiles, inspicimus, describimus, vel in inuentariũ redigimus, etsi illa sint in ædibus ciuium custodita, qui actus similiter realis est, & iurisd. necessariæ. Omnis n. huiusmodi † inuentatio prætore autore fit, vel per iudicem eius loci ordinarium. *l. cum plures bon. autor. iud. poss. l. tutor qui repertorium & ibi gl. verbo repertorium. l. Chirographus & ibi gl. verbo tutores adm. tut.*

6

Tertius actus est, quod res illas sigillamus aut adsignamus, & si opus est, in custodiã nostram recipimus, quod clarius est, quam vt negari possit, quin sit realis & iurisdict. necessariæ. *l. sancto off. præsid. l. si iniuria de iniur. t. t. C. vt nemini liceat sine iudi. sig. rebus imp.*

Quartus actus est, quod nunquam auditũ est, quod vllus adsessor, vel † alius quicunque Cam. subiectus in vlla vel generali totius imperij, vel particulari collectatione, pro domo, quam hic possidet, contribuerit, cum tñ alijs in locis pro suis rebus conferre teneatur, qui actus quoq; realis est. Exemplũ est. *in l. 1. C. indict. lib. 10. & l. f. C. muner. patrim.* Et ita seruatur.

7

Quod obijcitur de censibus, qui ex ædibus singulis annis persoluuntur, aliam habet rationem. Nam rei inhæret, & † cum ea trasire solet. *l. si diuina domus. C. exact tribut. lib. 10. l. 1. C. vt nemo ad suum pronunc. lib. 11.*

8

Omnes hi actus, etsi ab acutiore aliquo vti diuersæ species ab immissione eneruari queãt, quasi possit altera sine altera subsistere & acquiri loco à separatis, hoc tñ negari nõ potest, tendere illos ad eundem finem, sc. quod nos liberi, & viduæ nomina, tum etiam res nostræ qualescunq;, quas necessitate commigrationis & habitationis hic possidemus, quẽadmodũ in hac quasi Colonia agimus, ex voluntate imperatoris, cui hęc ciuitas subiecta est, tũ etiam cum consensu populi huius vrbis ab omni onere & munere populari liberi sunt, & sacro sancti. Malo quoq; in hanc partem leuiuscule errare, & euentum expectare, quam me viduam, & liberos meos istorum hominum voluntati, libidini subijcere, ac perinde concludo iurisd. fundatam.

Quæ de pupillis adferuntur, vix puto, quod illæ prouinciæ permittãt, sed quia pupilli nostræ iurisdict. subiecti sint, firmissimum argumentum præbent, generalia in his beneficia apud nos permanere. Refero me ad ea, quæ ab alijs dicta sunt.

Venio nunc ad aliud caput, in quo quantũ valeat officium iudicis nobile à tutoribus imploratum, quantum etiam priuilegium pupillorum: sufficere puto ea, quæ D. Ref. attulit. Item quæ de possessione ipsorum dicta sunt, hoc addito, quod etiam ipsi liberi per se bona paterna possederint. Nam quo tempore mater ad secundas conuolauit nuptias, ea ætate fuerint, vt possidere potuerint. *l. 1. furiosus acquir. poss.* simul etiam naturaliter ædibus insederunt, de quibus modo est controuersia. Etsi n. communior opinio de possessione vsufructuarij naturali vera esse posset. *l. naturaliter d. t.* quod negant omnes eruditi nostri temporis, tamen non sic matri relictum vsumfr. arbitror, vt non cum liberis communicaretur. Vtcunq; sit, matre † mortua vsusfructus ipso iure cum pprietate cõsolidatus est. *l. idem Neratius vsufr. access. l. si frustuarius. vsufr. quemadmodum caueat.* Quo tempore ipsi liberi in ædibus erant, atq; hoc modo bonis parentum insederunt, cum & potuerint & voluerint, non ipsi solum, sed etiam eorum tutores & curatores. Quæ caussæ nos vnanimiter ad ferendũ primum decretum impulerunt. Sed quia hic status causæ est. *An immissio decerni potuerit?*

9

1. Præmitto, quod hæc immissio necessariũ consequens sit prioris decreti, & quasi ipsius executio. Permisimus tutoribus, vt omnia bona paterna auferrent, sine discrimine. Resistit miles: Quia resistit, petunt tutores immissionem. Si illam nego, quid aliud facio, quam q communiter conclusum euerto? Permitto obligationem, tñ modum nego, quo istud fieri potuit. Nam quid aliud immissio est, quam vt per hãc ad obligationẽ perueniatur, sed hoc difficultatem non soluit, tantum facit, vt quæ nobis cognitio suffecerit in caussa principali, illa etiam sufficere debeat in adiuncto vel cõsequenti. An autem illa sufficiens fuerit hinc sciri poterit, inprimis constitit nobis, quod liberi non solum iuris heredes, sed & ante & post mortem matris in possessione bonorum patris fuerint ciuili & naturali, & quod adhuc in ead. sint. *l. clam. l. peregre. acquir. poss.* Deinde q eo tempore miles non modo nõ possidebat sed nec detinebat, quia nulla voluntas erat detinendi. Sponte enim propria coram suo magistratu (ne quis extra iudici[illegible]m confessionem existimet, quæ nobis [illegible]) confessus est, se nil prætendere iu[illegible] paternis. Si ergo iurisdictio nostra fuit, quomodo hic potest amplior cog[illegible] desiderari? quæ aliæ partes nostræ, quã vt [illegible], quos curatores dedimus, bona minorum permittamus? Inde patet iustitia illius decreti,

P quoad

quoad bona paterna. De bonis matris modo tacere volo, nec tamen minus pars illa decreti in iure fundata est per gl. & dd. *l. si fideiussor. §. f. qui satisd. cog.*

Pergamus vbi decretũ exequi volumus, resistit miles, an ergo audiendus? quia hic fit cõtradictor? Dico quod ita auditus est & sufficientissime. Rogat⁹ caussam, quare bona paterna auferri nõ pmittat? Iterũ fatetur, se nil iuris prætendere, sed illa se retinere velle, donec vsumfr. in bonis maternis consecutus fuisset. Hæc contradictio visa est nobis iam ante definita. Nã caussæ cõtinentia postulabat immissionem petitam, vt supra ostendi. Deinde repetitur eadem confessio: adiecta qualitas sui cognitionem ex iure secum adfert, nã eodem scripto aperte fatetur se non posse cautionem præstare de nõ amouendo. Ergo bona materna ex nostro decreto nondũ ipsius sunt, sed si constare nobis volumus, debent adhuc ab ipso amoueri. Ad quid ergo ius retentionis obijcit in re aliena, cum de iure, cuius respectu hoc facit, nondũ constiterit? *contrã l. vitiose. pignor. DD. l. 1. ã. t. l. si non sortem. §. si certum cond. indeb.* Vnde putarim, ipsum magis incidisse in pœnam. *l. extat. quid met. caussa. l. si quis in tantam. C. vnde vi.* sed hoc modo nõ quærimus.

Secundo liberi sunt iuris heredes matris, insederunt etiã nonnunquam, non minus, quam ille bonis maternis & apprehẽderunt. Vtrum ergo ille actor constituendus est, an pupilli, & an ille ab ijs vsumfr. petere debeat, an ipsi ab eo proprietatem? Et credo iuris esse expressi, 10 si heres sit † in possessione vsumfructum peti ab herede deberi. *l. vsusfr. vsusfr. l. 1. vt in poss. l. sed nond. petijt.* Ergo vsumfructum nõdum consecutus est. Hoc etiam propria ipsius confessio inducit, nam vt vsumfr. in bonis matris consequatur, prætendit ius retentionis in bonis paternis. Si ergo non habet, iure agat cum pupillis, nõ vi. Sed an potuerit bona matris iure apprehendisse, propter ea, quod quasi in possessione istorum bonorum viua illa fuerit, vel autoritate consuetudinis. De iure autem multa alia requiruntur, quæ hoc loco mouere necesse non est. Attamen illud extra omnem controuersiam puto, quod propria autoritate, sine vllo iudice apprehenderit & nunc bona paterna. Hoc constitit etiam nobis ex propria confessione. Ex iure vero didici, qui propria † autoritate aliquid possidet, non habere 11 retentionẽ. *l. si nõ inducta. C. in quibus caussis pig. vel hypoth. tac. contr. vbi gl. & dd. ad longũ.* Hæc cognitio mihi visa est satis ad id, q nos fecim⁹ hoc est, quod cõsequẽter immissionẽ in bona patris decreuimus. Intelligat quilibet immissionẽ quamcunq; volet: perinde enim habeo, ac si quorum bonorum petita fuisset. Apud me tñ nõ fuit nisi species cognitionis ex nobili officio, vel violentiæ euersio & cõseruatio possessionis & iuris pupillorũ. *secundum l. meminerint. & l. momentanea. C. vnde vi. arg. l. 1. C. si p vim vel al. modo.* Et cætera iura alleg. per D. Ref. Cognitionum enim species plures sunt, leges vero illæ mihi præscripserunt, vt summarie & de plano cognoscerẽ, quod quidem sufficienter factum est. *DD. ad. l. nequicquam. §. de plano officio pro cons. l. a diuo Pio. §. si super rebus. iudic.* Sed vt non fuerit hæc cognitio satis, videam⁹ quomodo decreta sit immissio, vtpote cum hac conditione, si aliquis se opponeret, vt hoc faceret, intra dies sex. (legatur, commissio.) Si miles voluisset agere, suspendisset immissionem, sed expresse dixit, *non velle se*, atque ita perfecta est immissio. Ergo non stetit per nos, quo minus plenius cognosceremus. Sed dicet aliquis, quod non tenebatur coram nobis comparere: hoc nego: iurisdictio nostra est, quoad immissionem, & ex iusta caussa immissionem decreuimus. Qui ius detentionis prætendit, hoc probare debet. Ergo actor. Actor vero forum rei sequitur. Concludo, quod etiam in hoc capite iusto immissio sit decreta: Et proinde exceptiones ciuitatis reijci debeant.

TAndem Cæsar in hac caussa suas partes interposuit, mandauitq; Sp. vt mandato executoriali parerẽt, quod quidem Cæsaris mandatum commissarius eius in visitatione, Anno 64. ad Senatum Sp. retulit, qui repetitis grauaminibus suis, prouocationibus, & protestationibus, tandem ad extremum mandato acquieuerunt, clauesque tutoribus vltro & extraiudicialiter tradiderunt. Et sic hæc difficilis caussa finem accepit.

DECAS V. VOTVM X.

[C]aussa supplicationis pro citatione per edictum ad videndum [fi]eri cessionem bonorum Felicis vnd Benti Wolruchs/

Contra

Omnes & singulos eorum creditores.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Continentia caussa ne diuidatur, iudex omnium superior adeundus est.*

2 *Debitori cuilibet permissum est cedere bonis, maxime in contractibus ciuilib. & obligationibus dandi.*

3 *Cessionis bonorum beneficio nemo renuntiare potest.*

4 *Cessionis bonorum renuntiationem à debitore vt exigat creditor est contra bonos mores & contra hominis libertatem.*

5 *Cessionis bonorum renuntiatio nō valet, etiam si cum iuramento fiat.*

6 *Cessio bonorum duos habet effectus, primus, ne incarceretur: secundus, si ad pinguiorem fortunam peruenerit, ne teneatur vltra, quam facere possit.*

7 *Cessio bonorum legitime fieri dicitur, quando debitor agnoscit & fatetur debitū suum, omniaque bona sua indicat.*

8 *Cessionis beneficio est indignus is, qui occultasse aliquid conuinci potest.*

9 *Cessio inuitis creditorib. fieri potest, si debitores narrent & fateantur debitum suum.*

10 *Iurisdictio Cameralium fundatur ex narratis, non ex probatis.*

11 *Cessio locum non habet, si fiat in fraudem creditorum.*

12 *Professio voluntatis sola sufficit in omni confessione. & nu. 18.*

13 *Condemnatus etiam post sententiam ad beneficium cessionis admittitur.*

14 *Cessio locum non habet, si debitor ante cessionem indicias quinquennales habuit.*

15 *Citatio nō potest peruenire ad eos, qui viuunt extra Imperium, nec si perueniat, eosdē arctare.*

16 *Distributio bonorum inter creditores fieri debet officio iudicis, saluo iure prelationis.*

17 *Citatio, quoties fit ad notificandum tantum aliquid, potest fieri extra territorium.*
Idem si citatio fiat per edictum.
Citatio in quib. casib. fieri possit extra territorium. ibid. remissiue.

18 *Cessio bonorum coram ordinario iudice fieri debet.*

IN NOMINE Domini. Amen.

HANC supplicationem in pleno senatu retuli. Quod ad iurisdict. attinet, eam fundat supplicans propter continentiam caussæ, ne scilicet caussæ cōtinentia † diuidatur, quo casu omnium superior adeūdus est. *l. nulli & ibi Bart. Bald. Ias. C. iudic. t. t. ff. quibus ex causis ad eund. iud. eatur.* Dicitur autē continentia ex tribus modis, *vt not. Bald. & Ias. d. l. nulli.* In præsenti vero caussæ continentia consideratur ratione pluralitatis personarū, quo casu obtinet. *d. t. quibus rebus ad eūd. iud. &c.* considerata illa continentia putarem nos in iurisdict. fundatos esse. Fundata à iurisdictione non video, quo pacto de iure cōmuni processus denegare supplicantibus possimus. Certū n. est cuilibet debitori † permissum esse cedere bonis. *t. t. ff. & C. q. bon. ced. poss. §. fin. inst. act.* maxime in contractibus ciuilibus & obligationibus dandi. *Alber. ad rubr. d. t. n. 1. Ancor. c. peccatum. R. iur.* Secus in delictis, quo casu si non potest soluere in ære, luat in corpore. *Ancor. vbi supra. Zas. d. §. f. vbi cōmuniter. dd.* Aliud quoq; est in obligationib. faciendi secundū distinctionem Alber. *vbi supra.* Et ad eo permissum est cuilibet cedere bonis, vt huic † beneficio cessionis nemo renunciari possit, eo q̄ talis renunciatio sit contra hominis libertatē & sic cōtra bonos mores, q̄ a deducitur homo ad speciem seruitutis, sc. ad carcerem. Est igitur contra bonos mores † ex parte creditoris eam exigentis. *Angl. d. §. fin. n. 11. Alber. vbi supra n. 11.* vbi dicit, eam communiter approbatā sententiā, & se obtinuisse pluries de facto. *Rota decis. 272. s. Arbr. in antiquus. Guido. decis. 21. p tot.* Et hoc cōmuniter tenetur quoad primū effectum citationis, sc. liberationem carceris, nam non valet † renunciatio cum iuramento quidē. *Rota d. decis. 2. Angl. vbi supra.* Habet † n. cessio duos potissimum effectus. 1. Ne possit debitor incarcerari. *d. l. 1. C. q. bon. ced. poss.* 2. Si ad pinguiorem fortunā peruenerit, quod non teneatur vltra, quam facere potest. *text. l. is qui bonis C. cess. bono.* Huic effectui potest renūciari *Angl. d. l. §. fin. Guido d. decis. 211.* Sed priori non poterit. *Anchar. vbi supra.* Cū igitur cessio sit beneficium, licet flebile, vt inquit text. *l. pen. C. d. d. t. miserabile. l. f. C. d. t.* Certe nemini denegāda est, si modo legitime, & non in fraudē creditorum fiat. Legitime † a. fieri dicitur, quando debitor agnoscit & fatetur debitū suum. *l. pen. C. q. bon. poss.* omniaq; bona sua iudicat *gl. d. l. in verbo libertati. C. eod. Angl. d. §. f. n. 8.* Nam si aliquid † occultasse conuinci potest, fecit se indignū hoc beneficio. *gl. & Angl. vbi supra.* Sed hæc nondum ad nostram cognitionem, sed merita causæ pertinent.

Petitur tn̄ citatio ad videndū legitimo modo fieri cessionem, narrant & fatentur debitū, quo casu inuitis creditoribus † cessio fieri potest. *Bald d. l. 1. C. q. bon. ced. poss. Affl. decis. 329. n. 2.* Narrāt, se nihil occultasse aut occultare velle, allegant infidelitatem seruorum & rusticorū, quo dolum excludunt.

Vidēdum igitur, an narrata talia sint, quod ex iure cōmuni processus decernere possim*, quia † iurisdictio nostra fundatur ex narratis, non ex probatis. *l. cū quadam puella. iurisd. om. iud. Bald. consil. 167. n. 4. vol. 3.* An iuste vel iniuste narratum sit, hoc decretis & reproductis processibus in causæ cognitionem veniet.

Ipsimet creditores, quibus exceptiones saluæ sunt, hoc disputabunt & allegabunt. Quapropter nõ est necesse hic recensere casus, in quib⁹ cessio non habet locum, illud tamen ex cõstitutione Caroli V. Anno 48. publicata sub titulo, von verdorbenen Kauffleutten/ notum est, 11 cessionem locũ † non habere, quando in fraudem creditorum fiat. Quoniam igitur supplicantes narrant, daß sie durch nahmhaffte ꝛc. in schulden gerathen/ fatentur debitum, offerunt cessionem secundum dispositionem iuris cõmunis, sanè ipsis beneficium hoc, cui etiam renunciare cum iuramento non potuissent, denegare non possumus, (standum narratis, donec contrarium ꝓbetur) nec præiudicare creditoribus cessionẽ impedire volentibus, quia, vt paulo ante dixi, habent suas exceptiones semper saluas. Nos narrata supplicationis nũc tm̃ considerare & attẽdere debemus, quę meo iudicio optime cũ omnibus necessarijs requisitis conceptæ sunt. Et licet in omni cõfessione 12 sola † voluntatis professio sufficiat. *text. l. in omni. C. qui bon. ced. poss.* possitq; fieri extra iudicium per nuncium vel epistolam. *l. f. §. eod.* tñ etiam in iudicio fieri potest.

Rectè igitur implorant officium iudicis pro citatione ad videndũ legitimo modo fieri cessionem. 13 Admittitur † post sententiam condẽnatus ad beneficium cessionis. *dd. communiter. d. l. 1. Affl. d. decis. 329. n. 4.* vbi dicit, sacrũ consilium illam opinionem recepisse, cur non esset admittendus ante sententiam, iudicio nondum inchoato in præparatorijs, si debitum fateatur, & sic fit liquidum per agnitionẽ & cõ- 14 fessionem propriam. Scio cessionem † locum non habere, si debitor ante inducias quinquẽnales habuit. *gl. sing. communiter approbata. l. fin. C. qui bon. ced. poss. Affl. decis. 378. n. 2.* Sed de eo mihi nunc non constat vt iudici, hæc ad merita pertinent, & à creditoribus intentata non relinquentur.

Illud tamen ad extremum me nonnihil mouet, quod iurisdictio nostra non extendat se extra fines Imperij, atq; supplicantes etiam ꝓculdubio extra imperium viuant, vt Antuer- 15 piæ, in Italia & alijs locis, ad quos † citatio nostra non potest peruenire, aut si perueniat eosdem arctare. *l. fin. C. iurisd. om. ind.* Cessio autem est beneficium quoddam indiuiduum, nõ potest quis partim cedere, partim non. Non omnia bona indicare *gl. d. l. 1. C. eod.* Et inter omnes creditores eorum distributio † saluo iure prælationis officio iudicis fieri debet. 16 d. *l. f. C. eod. & ibi gl.* Puto tamen prædictam rationem dubitandi non obstare, quia nudum ministerium executionis potest etiam extra territorium fieri, non à iurisd. *Bald. l. omnes. §. verum. si appariter. n. 2. C. Ep. & Cler. Soc. c. dilecti filij. n. 24. for. comp.* Præterea † quoties fit Cita- 17 tio, tantum adnotificandum aliquid, tunc potest ea fieri extra territorium. Idem iuris est, quando quis citatur per edictum, *vt not. sing. apost. Bart. l. 1. §. requir. reis.* ibi quinq; casus notantur, in quibus possit citatio fieri extra territorium. Sedes ordinaria. *d. l. omnes. §. verum. si appariter. vbi Bart. & communiter dd.*

Iam in præsenti petitur citatio per edictum, & ad eum tantum effectum, vt creditores sciẽtiam habeant cessionis, siue postea compareant, siue non, nihil refert, sufficit eos scire, ꝙ supplicantes cedere velint, cũ alias etiam extra iudicium † sola voluntatis professio suffici- 18 at. *d. l. in omni. C. qui bon. ced. &c.* Accedit, quod maior pars creditorum in Imperio habitet. Quapropter, vt initio dixi, puto nostram iurisdictionem fundatam, narrata supplicationis in iure releuantissima, & per consequens processus decernendos esse. Contrarium maioribus votis fuit conclusum propter defectũ iurisdictionis. Nam cessio coram † ordina- 19 rio iudice fieri debet. Item quælibet regio habet singularia statuta in cessione bonorum, in quibusdam locis est, criminalis, vnde huc non potest deuolui. Item esset res pessimi exempli. Et si vni decernerentur processus, mox omnes essent subsecuturi, & creditores longis processibus hîc in Cam. vexarentur. Narrata notorie esse falsa, haben einen grossen Pracht getrieben/ seye nie ein solche Sach herkommen/ cessionem fieri in fraudem creditorum. Vnus dominorũ voluit decernere citationẽ von der Herberge biß an den Galgen. Sed meo iudicio ista omnia caussæ cognitionem requirunt. Decretum in pleno 4. Decemb. abgeschlagen.

DECI-

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM CAMERÆ IMPERIALIS SYNTAGMATIS II.

DECAS I. VOTVM I.

In Caussa Margretæ Schefferin/ *Contra* Thiell Full/ & Consortes.

De consuetudine deferente successionem superstiti coniugi, & de iure Ciuitatis Augustanæ.

SVMMARIA.

1 *Actio hereditatis directa etiam de hereditatis parte minima datur.*
2 *Soror in casu non existentium liberorum tanquam proximior heres, fratri succedit.*
3 *Regula potior in gradu, potior in successione locum habet in linea transuersali.*
4 *Consuetudo Augustana, qua prædefuncti cõiugis hereditas in casu non existentium liberorum, aut pactis in contrarium compositis, ab intestato superstiti defertur, exclusis fratribus, sororibus, alijsq; proximioribus heredibus an valeat.*
5 *Coniuges de iure communi tunc demum ad successionẽ vocãtur, quoties deficit omnis parentum & liberorum, fratrum & propinquorũ legitima successio.*
6 *Consuetudo etiam ea valet, quæ iuri communi derogat.*
7 *Cõsuetudo, vt vxor teneatur pro marito, filius pro patre, valeat.*
8 *Alienatio rerum immobilium minorum sine decreti interpositione valet.*
9 *Consuetudo est ius, & appellatione consuetudinis venit ius.*
Consuetudo in iudicijs est seruanda.
10 *Iudex contra consuetudinem iudicans litem facit suam, non aliter, ac si contra ius commune pronunciaret.*
11 *Statutum vel consuetudo alicuius loci pro iure communi habetur in eodem loco.*
12 *Iudex contra consuetudinem pronuncians tenetur de syndicatu, si tamen consuetudo iuri naturali non repugnet.*
13 *Cõiugum inter se indiuiduum est animorum coniunctio, & arctissima societas.*
14 *Onera matrimonij ex æquo coniuges sustinere debent.*
15 *Consuetudo, qua vxor in casu existentium liberorum in omnib. bonis, exclusis liberis succedit, valet.*
16 *Statutum & consuetudo parib. passib. ambulant.*
17 *Consuetudo aut statutum vt valeat, sufficit quod statuentes putauerint esse bonum.*
18 *Consuetudo est probanda, quando altera pars intentionem suam in illa fundat.*
19 *Consuetudo quo pacto probari debeat, & eius probationis requisita.*
20 *Cõsuetudo etiam sine iudicio & per actus extraiudiciales induci potest.*
21 *Legem nemo imponere potest, nisi suo subdito.*
22 *Originis iuri, nec propria auctoritate, nec voluntate, multo minus tacite per lapsum temporis renuntiari potest.*
23 *Domicilium, quod ab origine paterna descẽdit, naturale dicitur, & immutabile est.*
24 *Domicilium nouum & ex accidenti veniens, non mutat caussam originis, aut ciuitatem originariam tollit, nec eximit ciuem à iurisdictione ciuitatis originariæ.*
25 *Incolatui potest quis propria voluntate renũtiare, transferendo se & sua bona in alium locũ.*
26 *Verba* Burger Rechtens gefreiet/ *de quocunq; ciuitatis iure intelligenda veniunt.*

27 *Verba ambigua secundum mentem contrahentium accipienda sunt.*

28 *Verba* Burger Rechtens gefreiet / *ad immunitatem tantum pertinent, non ad omnimodam ciuitatis relaxationem & liberationem.*

29 *Voluntas contrahentium magis, quam verborum conceptio inspicienda.*

30 *Actus agentium non operantur vltra eorum intentionem.*

31 *Verba* Burger Rechtens gefreiet / *intelligi debent secundum intentionem proferentium.*

32 *Verba menti, & non econtra, mens verbis inseruire debet.*

33 *Interpretatio in contractibus illa facienda, quam contrahentes interrogati verisimiliter fecissent.*

34 *Statutum loquens de ciuib. habet etiam locum in ciuib. exemptis & non subeuntib. munera.*

35 *Ciues priuilegiati, licet originarij non sint, ipsis tamen per omnia aequiparantur.*

36 *Verba generalia plures intellectus recipientia ad magis consonum restringuntur, nec debent inferri ad illud, quod est contra metem & volũtatem contrahentis.*

37 *Clausula generalis refertur tantum ad specificata nec ad id, quod non est verisimile.*

38 *Verba obscura vel intellectum duplicem habentia declarantur ex adiunctis.*

39 *Testes, vt euitetur contrarietas, ad concordiam reducendi sunt.*

40 *Verba ambigua à claris interpretationem recipiunt.*

41 *Verba cum sint clara, non opus habent alia interpretatione.*

42 *In verbis claris nõ cadit interpretatio sermomonis, nec coniectura voluntatis.*

43 *Auctoritas statuentium naturalis rei veritatem mutare non potest.*

44 *Forma à statuto praescripta non obseruata, actus ipso iure redditur nullus.*

45 *In actu quando aliquid est de forma, semper illa praecedere debet actum non subsequi.*

46 *Incola dicitur is, qui in aliquam regionem domicilium suum contulit.*

47 *Domicilium facit incolas.*

48 *Domicilium quis habere dicit in eo loco, vbi larem, rerumq; ac fortunarum suarum summam constituit, vnde rursus non sit discessurus, si nihil auocetur.*

49 *Animus probatur ex coniecturis & actibus exteriorib.*

50 *Domicilium triplex, naturale, accidentale & commune.*

51 *Communis patria omnium Germanorum dicitur Imperium.*

52 *Forenses & peregrini ipso iure immunes sunt.*

53 *Incola aut intra annum ius ciuium accipere, & onera ciuium sustinere, aut statim post annum discedere debet.*

54 *Domiciliũ re & facto transfertur, non nuda contestatione.*

55 *Protestatio facto contraria nullum producit effectum.*

56 *Possessionis caussa sola non inducit domicilium.*

57 *Incolatus de iure communi per decennium acquiritur: secus quando quis animo manendi re, ipsoque facto declarat. Tunc enim in continenti incolatum siue domicilium acquirit.*

58 *Incola subiectus est legib. & consuetudinib. loci, vbi incola est.*

59 *Paria sunt, forum sortiri & statutis ligari.*

60 *Incolae ciuium nomine continentur.*

61 *Subditus quis dicitur propriè ratione domicilij.*

62 *Nuptiae vim originis habent.*

63 *Origo viri reputatur quoque origo vxoris.*

64 *Statuta, quae ligant virum ratione originis vel domicilij, ligant quoque vxorem.*

65 *Mulier ratione matrimonij mutat domiciliũ etiam originarium.*

66 *Vidua amissi mariti domicilium & forum naturale retinet.*

67 *Hereditas semel adita desinit esse hereditas, & amittit nomen hereditatis, & fit patrimonium proprium adeuntis.*

68 *Hereditatis petitio non competit heredi, qui semel acquisiuit possessionem rerum hereditariarum, & postea eam amisit.*

IN NOMINE Domini. Amen.

IVSTIFICATIS ex protocollo iudiciali, de anno 29. formalibus, videndum erit de actione. Actũ † puto petitione hereditatis directa, quae nõ solum competit cum tota hereditas petitur, verum etiam pars eius, licet minima. *l. regulariter cum l. seq. pet. heredit.* Requisita huius actionis nota sunt, & quia circa ea nihil desidero, de probatione intentatae actionis videndum erit. 1

An probata?

PRobatum tam confessione partium hinc inde quam testibus, actricem & appellantem sororem Hartman Scheffers / de cuius hereditate principaliter controuertitur, germanam fuisse. Vnde de iure communi dubium † non est, quando tanquam proximior heres d. Hartmanni ab intestato, in casu nõ existentium liberorũ, succedere debeat. *Auth. cessante. C. legit. heredibus, l. 1. in fin. suis & legit.* 2

In

In linea enim transuersali locum habet regula, potior in gradu, potior † in successione. *t.t. Inst. legit. agn. success.* Cum igitur rei eam non præcedant in gradu, concludo actionem probatam. Quare de exceptione & elisionibus videndum.

3

An Elisa?

FVndamentum defensionis Reorum consistit in allegata quadam cõsuetudine Augustana, qua introductum, vt prædefuncti † coniugis hereditas in casu non existentium liberorum, aut pactis in contrarium compositis, ab intestato superstiti deferatur, exclusis fratribus, sororibus, alijsq; proximioribus heredibus.

4

Primo itaq; inuestigandum *an talis consuetudo valeat.*

Deinde *an probata.*

Tertio *an intentionem actricis elidant.*

De prima quæstione.

QVoad primum dico talem consuetudinem de iure valere.

Nam licet de iure communi tunc demum † ad successionem vocentur coniuges, quoties deficit omnis parentum & liberorum, fratrum & propinquorũ legitima successio. *l. 1. C. vnde vir & vxor.* Tamen receptũ est valere † cõsuetudinem, quæ iuri communi derogat, *l. 3. §. diuus. sepul. violat. l. quid tamen si lex municipalis. & ibid. gl. dd l. fin. C. Testam.* sic valet consuetudo †, vt vxor teneatur pro marito, filius pro patre. *Ias. §. actiones. n. 19. inst. action. Bart. tr. repressaliarum quæst. 1. n. 7. Chas. deducit. §. 1. rubr. 4. And. Gail. obs. 36. in pr. lib. 1.*

5

6

7

Eadem ratione valere potest † alienatio rerũ immobilium minorum sine decreti interpositione. *Ias. l. in quibus. n. 17. 63. & 73. & 72. leg.* vbi plures similes casus recenset. Ratio adsignari potest, quia cõsuetudo † est ius & appellatione consuetudinis venit ius, *Ias. d. l. de quibus. n. 81. Chas. rubr. 4. §. 23. text. §. ex non scripto inst. iure n. g. & ciuili. l. ius. sing. l. de quibus.* Quare in iudicijs quoq; seruari debet, adeo quidem, vt iudex contra eam iudicando † litem suam faciat, non aliter, ac si contra ius commune pronunciasset. *Ias. d. l. de quibus. n. 7. per text. auth. iubemus in f. C. iud. & ibi gl. Bald. n. 2. fal. in pr.* Quia statutum, † vel cõsuetudo alicuius loci pro iure communi habetur in eodem loco. *Curt. Iun. cons. 39. n. 1. p. 1. fac. l. omnes populi. inst. & iure l. 2. C. quemadmodum testam. aper.* Et ideo si cõtra consuetudinem † pronunciat iudex, tenẽ de syndicatu. *iurib. supra alleg. Paris. de puteo tr. de syndicatu verbo consuetudo. fol. 99. n. 2. cum seqq.* Et hæc indubitate procedunt si consuetudo plane iuri naturali non repugnet. *dd. cõmuniter d. l. de quibus. Bart. l. omnes populi. n. 21. 3. quæst. princip. inst. & iur. Alex. cõs. 32. n. 9. vol. 7.* sed allegatam consuetudinem non solum non repugnare iuri naturæ, verum etiam quodammodo consentaneam esse puto, idq; cum propter indiuiduam animorum † coniunctionem & arctissimam societatem. *l. aduersus. C. crim. expil. hered. Nic. Eberh. cons. 52. l. 1. Rer. annot. l. 1. rit. nupt.* tum propter onera matrimonij, q̃ ex æquo † sustinere debent. *fac. l. si cum dotem §. si autem sol. matr. Chas. l. de diuort. Rubr. 4. §. 6. in pr. cõsuet. Burg. Boër. ad cons. Bit. 4. ds Costumes concernans les mariages. §. 4. circa pr.* vbi dicunt talia statuta esse honesta, præsertim in marito propter infinita onera matrimonij quæ sustinet. Hinc est, quod valeat consuetudo †, qua vxor in casu existentium liberorum in omnibus bonis mobilib⁹, exclusis liberis, succedit, quemadmodum eleganter disputat in vtramque partem Rota *decis. 1. t. de consuetud. in nouis.*

8

9

10

11

12

13

14

15

Concludendo pro consuetudine sequitur Chass. *t. das enfans. §. 4. verbo non profit in pr.* Si hoc receptum est in casu existentium liberorum quibus iure debetur parentum hereditas, cur secus esset in successione collateralium, liberis non extantibus?

Præterea notum est, adhoc vt valeat consuetudo aut statutum (quæ † paribus passibus ambulant. *Bald. l. 2. C. bon. quæ liber. n. 2. Eberh. cons. 136.*) sufficere, quod statuentes putauerint † esse bonum.

16

17

Nam id pro ratione est, licet contineat iniquitatem ita. *Bald. l. non omnium in pr. LL. l. 1. §. initium, n. 1. Postul. fac. l. prospexit qui & à quibus manum. Tiraq. in præfat. tr. de vtroque retractu. n. 75. cum mult. allegat.*

Concludo igitur Augustanam consuetudinem valere, & de iure subsistere.

Sequitur de probatione, quæstione secunda.

COnsuetudo cum facti sit probationem requirit potissimum, quando alterutra † pars intentionem suam in illa fundat. *l. 1. verbo probatis. & ibi gl. 6. quæ sit longa consuet. Zas. cons. 5. n. 109. vol. 1.* In † qua consuetudinis probatione quatuor requiri notum est, de quibus *Dec. cons. 483. n. 25. cum seq. vol. 4. Alex. cons. 131. n. 9. vol. 2. Cyn. d. l. 1. Dec. cons. 215. vol. 2.* vbi dicit, quo pacto consuetudo probari debet, & eius quasi possessio per testes. At in præsentia omnia ista requisita sufficiẽter probata concludo, & per consequens allegatam consuetudinem, referendo me breuitatis causa ad dicta testiũ. Nam 12. art. qui est 5. in causa 2. appellationis ꝓbãt. 1. 2. 4. testes iure Augustani senes 60. & 70. annorũ, cõsulares viri & ordinis senatorij, q̃ itidem ad seq. art. præscriptio-

18

19

ptionem, frequentiam actuum tacitum populi consensum, & consuetudinis rationem probant.

Non obstat oppositum, quod d. consuetudo non sit contradictorio iudicio cōfirmata, quia ad introducendam cōsuetudinem non est necesse, vt contradictorio iudicio confirmetur. 20 Nam † sine iudicio, & per actus extraiudiciales etiam induci potest, vt est communis dd. opinio. *Bart. d. l. de quibus. n. 13. & l. diuturna. LL. Panor. c. abbate. n. 13. verb. sign. per ill. text.* idem Panor. *c. fin. nu. 6. consuet.* vtrobique dicit, eam esse communem. Cæterum hoc casu maior actuum frequentia requiritur *dd. vbi supra.* Frequēter autē extraiudicialiter hanc consuetudinē esse multis ciuibus Augustanis sine cōtradictione obseruatam, ex actis, varijsq; in specie p iudicijs cōstat, vti deponunt reorum testes ad 12. art. & eiusd. interrog. ad seq. art. Quibus accedit quod 1. 6. 11. & 16. testes deponunt etiam de actu iudiciali, nimirū in caussa Gabriel Gadell. contra Sybillam Muscatin, ita in contradictorio iudicio obtentum. Concludo cōsuetudinem probatam.

De tertia quæstione.

SVperest tertia quæstio *an d. cōsuetudo intentionem actricis elidat?* in quo puncto potissimum decisio præsentis caussæ vertitur. Excipiendo enim siue replicando vbique obijcit actrix consuetudinem esse localem, ideo obligare tantum inter ciues & subditos, non autem extraneos & forenses. Nam nemo legem 21 † imponere potest, nisi suo subdito. *l. 1. & ibi dd. C. sum. trinit. l. fin. iurisd. om. iud. Bald. cons. 407. vol. 2.* Sed Hartman Scheffer & eius vxorem Agnetem non fuisse ciues Augustanos mortis potissimum tempore, tum propter diuturnam illorum absentiam & domicilij trāslationem, tum etiam expressam renunciationem ciuitatis senatui August. Anno 30. de integro factam. Quare non obstare allegatam cōsuetudinem, diuturnam absentiam, nimium 10 vel 20. annorum, & eo amplius, satis superque probatum concludo, sed de iure magis incommodare, quam commodare actrici. Illud enim ex actis vbiq; notorium est, Hartman Scheffer ciuem Augustanum originarium fuisse, tam ex propria, quam parentis persona. *per text. l. ciues. C. incol. lib. 10.* Cu- 22 ius originis tanta est † potentia & efficacia, vt & propria auctoritate & voluntate nemo expresse, multo minus tacite per lapsum temporis renunciare possit. *l. origine. municip. & orig. lib. 10. l. assumptio & ibi Bartol. in pr. ad municip. Alex. cons. 34. nu. 3. vol. 5. Soc. c. licet caussam.* 23 *nu. 51. for. comp.* Domicilium † enim quod descendit ab origine paterna dicitur naturale *d. l. assumptio. §. 1. Dec. cons. 284. num. 11. Soc. cons. 35. num. 7. vol. 1. Idem latissi. c. fin. foro comp.* igitur immutabile est. *l. iura sanguinis R. iur. l. ius sanguinis pact. dd. vbi supra.* Domicilium † igitur 24 nouum, & aliud ex accidenti veniens, (vt in nostro casu allegatur) non mutat caussam originis, aut ciuitatem originariam tollit. *l. senatores. senator. Anchor. cons. 37. num. 3.* Nec eximit ciuem à iurisdictione ciuitatis originariæ. *l. 1. decur. l. & qui originem. muner. & honor. Rom. cons. 39. num. 1. in f.* adeo quidem, vt locus originis, & non domicilij vel mortis inspiciatur, *secundum Alber. d. l. 1. nu. 25. Rom. d. cons. 39.* Diuersum est in † incolatu & 25 domicilio, quibus quilibet sua propria voluntate renunciare potest, transferendo nimirum se, & sua bona in alium locum. *l. incola. 2. l. domicilium. l. nihil. ad municip. Alex. cons. 34. num. 4. vol. 5.* An vero consuetudine, statuto vel ordinatione aliqua contrarium induci, statui aut ordinari possit, primò suo loco dicam. Concludo d. Hartman Scheffer de iure ciuitatem propter diuturnam absentiam & domicilij translationem reuera non amisisse vel amittere non posse.

Secunda appellantis exceptio siue replicatio plus habet difficultatis, scilicet d. Hartman Scheffer mortis tempore ciuem non fuisse. Neque obstare, quod Anno 58. sabbati post Dyonisij iuxta documentum senatus Augustani. num. 48. de integro in numerum ciuium adscriptus & receptus sit, cum huic renouationi anno 30. in comitijs Augustanis iterum fuerit renunciatum, vti appellans in 16. art. grauam. vsque ad 20. inclus. ponit & articulat, quos veros dicunt 1. 3. & 6. testes, potiss. 3. testis. Matthias Langmantel/ quod ad 10. art. deponit, se ab Hartmanno rogatum, daß Burger Recht seiner halben auffsagen. Constat quidem Hartmannum, Anno 30. in comitijs Augustanis ad instantiam Cæsaris & Cardinalis Saltzburg. immunitatem ab oneribus ciuilibus accepisse, an vero per hoc iuris ciuitatis etiam omnimodam relaxationem consecutus sit, ita quod ex ciue extraneus & forensis factus fuerit, dubitari posset. Dubitationē faciunt verba † articulata, Burger Rechtens gefreiet/ quæ verba cum generalia sint, generaliter quoque de quocunque ciuitatis iure intelligenda veniunt. *l. quoq;. §. 1. in ius voc. l. 2. §. homines. vi bon. rapt.* 26

Meo tamen iudicio, cum verba † ambigua 27 secundum mentem cōtrahentium accipienda sint. *l. si stipulatus in pr. vsur. l. fin. C. quæ res pign. obl.* putarem prædicta verba † Burger Rechtens gefreihet ad immunitatem tantum pertinere, non vero ad omnimodam ciuitatatis relaxationem & liberationē, vti ex ipsis testium adsertionibus manifeste apparet. 28

Et inprimis, quod ad senatus mentem, & voluntatem attinet satis illam declarat Nicolaus Reibeisen/ huius caussæ pro Hartmanno soli-

sollicitator ad 5. generale interr. vbi deponit, quo pacto ex mãdato domini sui Card. Saltzburg nomine Scheffer & relictæ viduæ cum senatu Augstano gehandelt habe. Minime igitur obscurum est, maritum tantum immunitatis beneficium Cæsare Carolo V. & Episcopo Salisburg. intercessoribus à senatu obtinuisse. Idem testis ad 5. 6. & 7. art. deponit, senatum Augustanum testi pro iudice sollicitanti respondisse, Hartmanno Scheffern/ seye sein Lebenlang Vertröstung geschehen/ idq; seruatũ, sed quoad viduam eius, sey es ein grosser Vnterscheidt/ vnnd eines Raths Gelegenheit nicht/ sie frey sitzen zulassen.

Ad eundem modum apertius deponit Hieronymus Anfang/ sollicitator huius caussæ ad 5. art. (vbi tot. Historiam Hartmanni Scheffers/ ad longum recenset) & inter cætera, cõsules Cardinali nomine ciuitatis promisisse, se effecturos, quod d. Hartmannus cum sua vxore der Stewer vnnd anderer bürgerlichen Beschwerden halben nicht sollen angelangt werden.

Hanc senatus promissionem postea nomine senatus exequuntur Langmantel & Vlricus Hültzer, vbi Langmantel deponit ad 5. art. in act. fol. 10. qui pertinet d. 4. test. Idem ad 6. art. dicit, viduam sibi scripsisse, daß sie vmb die Steuwer nicht angelangt worden / nisi demum à morte mariti, cum quibus concordat. 5. 6. 7. testes, ex quibus vtiq; sufficienter constare puto de mente & voluntate senatus.

Nunc quoad Hartmann Scheffer attinet, videndum quid à senatu postularit, an ciuitatis relaxationem, an vero immunitatem tantum onerum ciuilium? Paucis, quod immunitatem tantum postularit, disertis verbis deponit, 1. test. ad 5. art. adstipulatur 2. test. ad 6. art. Notanda sunt verba Stewer frey. Cũ itaq; iustum sit, voluntatem † contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. *d. l. fin.* & actus † agentium non operentur vltra eorum intentionem. *l. non omnis numeratio. si cert. pet.* Verba illa Bürger Rechts gefreyet † intelligi debẽt secundum intentionem proferentium *l. si stipulatus. de vsur. l. si legati serui. Alex. cons. 60. n. 4. vol. 1. Bald. l. a procuratore n. 1. C. mand.* Verba † enim menti, & non econtra, inseruire debent. *c. intelligentia. c. preterea V. sig. l. in conuentionibus. V. S.* Et in contractib. illa facienda interpretatio, quam † verisimiliter contrahentes interrogati fecissent. *gl. l. tale pactum. §. fin. Pact. Dec. cons. 697. n. 7. vol. 5.* Quare concludo, verba illa Bürger Rechts gefreyet / ad immunitatem tantum referenda esse, secundum intentionem contrahentium, & per cõsequens Hartmann Scheffer (non obstante immunitate) ciuem permansisse, sola enim immunitatis concessio non tribuit omnimodam ciuitatis liberationem. Imo statutum † loquens de ciuibus, habet etiam locum in ciuibus exemptis, non subeuntibus munera. *Bart. ad l. 1. n. 17. ad munic. Alex. cons. 157. nu. 13. vol. 2. l. in orbe. & ibi Bald. statu hominum.*

29 30 31 32 33 34

Tales enim ciues priuilegiati dicuntur, & licet aliâs originarij non essent, ipsis tamen originarijs ciuibus per omnia æquiparantur. *Rom. cons. 62. n. 9. Alex. d. cons. 157. Hyppol. cons. 127. n. 2. cum seq. vol. 2.*

35

Non obstant igitur depositiones testium potiss. Langmantel ad 16. art. grauaminum & seq. d. Hartman sey Bürger Rechts gefreyet/ quia verba generalia † quæ plures intellectus recipiunt, ad magis consonum intellectũ restringuntur. *l. 1. §. quod ait. ne quid in loco sacr.* nec debent inferri ad illud, quod est contra mentem & voluntatem contrahentium. *l. Lucius. §. Imp. ad municip. Bart. ad l. fin. §. idem quæsiuit. cond. instit.* & clausula † generalis refertur tantum ad specificata *l. si de certa & ibi Bald. C. Transact.* nec ad id, quod non est verisimile. *dd. vbi supra. Cranetta cons. 22. n. 18. vol. 1. Castr. cons. 69. n. 2. p. 1.* vbi dicit, quod verba † obscura, vel intellectum duplicem habentia, declarantur ex adiunctis. *l. quæsitum. § 1. leg. 3. l. vtrum. pet. heredit. l. 1. Rebus dubijs. Castr. cons. 356. n. 3. vol. 1.* sed verisimile non est, plus cõcessum, quam petitum fuisse. Petita fuit solummodo immunitas onerum, vt ex supra deducta pètat. Ergo nil amplius concessum præsumi debet.

36 37 38

Præterea ex toto processu vbique constat, testes verbum Bürger Rechts die Bürgerliche Pflicht & onera intellexisse. Nam 4. testis ad 5. art. qui de oneribus tantum loquitur deponit, Hartmannum sæpius requisitum, das Burger Recht zu begeben. fol. 112. Ita quoque deponunt 5. & 6. test. ad eosd. art. sc. de requisitione Bürger Rechts. Cum tamen art. mentionem faciat von Bürgerlich Beschwerde. Et Langmantel, qui in 2 examine de Bürger Recht deposuit in 1. examine ad 5. art. de Bürgerliche Pflicht deponit, dicens, se & Vlricum Hultzern nomine senatus ad Cardinal. deputatos, & eidem obtulisse, d. Hartman noch also ohne Bürgerliche Pflicht sitzen zu lassen / vt igitur † euitetur contrarietas, ita intelligendi sunt testes, vt ad concordiam reducantur. *c. cũ tamen extra testibus. Bart. & dd. l. inter stipulantem. §. 2. V. obl. dd. l. 2. §. appellata. si cert. pet.* Et verba † ambigua à claris interpretationem recipiunt. *d. l. si seruus plurium. §. f. leg. 1. Soc. cons. 9. n. 36. vol. 1.*

39 40

Porro, quod ad renũciationem d. Hartman attinet, de ea nusquam sufficienter constat. Nam q̃ Langmantel ad 18. articul. grauaminũ deponit de renunciatione Bürger Rechts/ nullo

nullo pacto obstat. I. Quia adijcit, senatum petitum Urfundt / denegasse, & sic apparet renunciationem illam non fuisse acceptatam. II. Quia ad illum effectum renunciatio facta non fuit, quod d. Scheffer amplius ciuis esse nollet, sed vt remissionis impetratæ testimonium extaret, id quod idem Langmantel diserte explicat ad 5. art. 1. instantiæ fol. 108. Vnde clarissime vtriusq; voluntas tam dantis, quam petentis colligitur, ideo non est contraria voluntatis interpretatio facienda, quia verba † cum clara sint, non opus habent alia interpretatione *l. ille autem §. cum in verbis de leg. 3. l. omni nouatione. C. sacros Eccl. l. si alijs vsufr. leg.* In verbis † enim claris nō cadit interpretatio sermonis, nec coniectura voluntati. *l. licet imprudenter. leg. 1. Soc. cons. 13. num. 38. vol. 1.*

41

42

Denique vt demus, ciuitati in totum renūciatum fuisse, nihil tamen releuaret. Nam licet ex consuetudine, statuto vel ordinatione alicuius ciuitatis, fictione quadam (reuera enim ius originis mutari non posse supra conclusum. Autoritas † enim statuentium naturalis rei veritatem mutare non potest. *l. 1. & 2. v. susfr. Car. rer. quæ vsu cons.* vbi senatusc. non potest induci, vt pecuniæ vsusfr. sed tamen quasi constituatur. *fal. l. filio. lib. & posth. Bald. tr. statutor. verbo Cynus nu. 3.*) ciuitatis admittatur renunciatio, in illa tantum ficta renunciatione forma renunciandi à statuentibus præscripta ad vnguem seruari debet, alias † vitiatur actus ipso iure. *l. cum si. §. si prator. transact. l. si quis. ad exhib. Alber. l. iurisiurandi. num. 7. C. test. N. Eberh. cons. 74.* Et quando aliquid † est de forma in actu, semper illa forma præcedere debet, & non subsequi. *Affl. decis. 355. num. 5. & 6. cum alleg. ibid.*

43

44

45

In præsenti in ordinat. Augustana pro forma requiritur, daß er in propria persona aufsagen muß / iuxta 5. & 6. art. defens. quos veros dicunt, omnes reorum testes, cum sufficienti caussa scientiæ. Sed Hartman hanc renunciandi formam non obseruasse ipsamet appellās ad 7. & 8. art. defens. confitetur. Igitur sola alleg. renunciatio non inducit ciuitatis liberationem, id quod aperte testatur prim' test. cōsul Augustanus. 74. annorum ad 9. art. defens. cui stipulatur 5. test. ad 6. interrog. art. & 6. test. ad 6. interrog. eiusd. art.

Ex quibus omnibus concludo d. Hartman / non obstante immunitatis beneficio, ciuem Augustanum, mortis tempore, & per consequens consuetudini subiectum fuisse.

Posito etiam pro maiori cōfirmatione prædictorum ciuem nō fuisse, videamus an saltem verus incola fuerit. Verus † incola dicitur, qui in aliquam regionem domicilium suum contulit. *l. pupillus. §. incola. v. sign.* Domicilium enim facit † incolas *l. domicilium & ibi gl. ad municip. l. si in patria. C. incolis lib. 10.* In eo enim loco † domicilium quis habere dicitur, vbi larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, vnde rursus non sit discessurus, si nihil auocet. *d. l. ciues. d. t.* Nam ad constituendum domicilium principaliter requiritur animus, animus † vero probatur ex coniecturis & actibus exterioribus. *Soc. d. c. licet rationem. foro comp. alleg. c. 2. renunciat. in 6.* Domicilium autem triplex † est, Naturale, Accidentale, & Commune. Naturale quod ex ipsa natura naturaliter venit. Accidētale quod acquiritur ex adsumptione. Commune quod est commune omnium. Communis patria qualis † olim Roma, hodie apud Germanos Imperium. *Soc. d. c. licet ratione. n. 11. for. comp.* Quod vero d. Hartman re & facto domicilium, & maiorem partem fortunarum Augustæ (quāquam sufficiat aliquid ibi habere. *gl. d. l. ciues. verbo larem.*) animum ibi permanendi habuerit ex seqq. rationibus constare potest.

46

47

48

49

50

51

Et 1. Quod ad permanendi animum attinet, is vel ex eo colligi poterit, quod anno 58. de integro ciuitatis ius compararit, quod postea pro immunitate apud senatum toties, adeoq; importune sollicitarit. Si n. animum discedendi habuisset, nec ciuis aut incola fuisset, frustra immunitatis beneficium postulasset, cum alias vt quilibet forensis † & peregrinus ipso iure immunis fuisset. *d. l. ciues in gl. verbo auocat. C. incol. lib. 10.* Nemo enim ad comparand. ciuitatem vel incolatum acquirendum compellitur, sed in vnius cuiusque voluntate positum est & arbitrio, suscipere vel non suscipere ciuitatē vel incolatum, vti omnes test. deponunt ad primā defens. Huc pertinet depositio prima test. ad 5. art. Impetrata igitur immunitate, eo ipso animum permanendi habuisse præsumitur. *Soc. d. c. licet rationem. num. 26.*

52

Non obstat, quod de aëris mutatione & voluntate iterum discedendi obijcitur, quia ex ordinatione Augustana incolatus statim post annum acquiritur. Nam aut intra † annum ius ciuium accipere & onera ciuium sustinere, vt reliqui ciues, aut statim post annum discedere debet, *fac. l. priuilegio & ibi not. Bart. C. incol. lib. 10. Soc. d. c. licet ratione. num. 27.* Neque animus discedendi d. Hartman excusare poterit, si ibi nihilominus permanserit, quia factū requiritur vt discedat, scilicet, solutis oneribus & iuribus ciuitatis, iuxta ordinationem Augustanam & ius commune. *l. domicilium. l. nihil. l. incola. ad municip.* domiciliū inquit text. re † & facto transfertur, non nuda contestatione. *Soc. d. c. licet rationem. num. 25.* Quamdiu igitur manet quis, pro incola reputatur, etiamsi millies protestaretur de abeundo, quia factū requiritur vt discedat, nuda contestatio non sufficit. *d. l. domicilium.* Et talis protestatio †

53

54

quasi

quasi facto contrario, nullum producit effectum. *c.cum M.Ferrariensis de cōst.vbi plene Ripa. Anchor.cons.34.n.2.* Hactenus quoad animum permanendi.

Videamus an etiam maiorem partem fortunarū August. habuerit supra dixi vers.quod vero sufficere, vt aliquid fortunarum in loco incolatus habeat.*per gl.d l.ciues.*

Nam in acquirendo domicilio non tam bonorum, quam animi rationem habere oportet, quia sola caussa possessionis † non inducit domicilium. *l.libertus.§.sola ad municip.Soc.d.c. licet rationem.n.26.col.3.* At in præsenti d.Hartman etiam maiorem partē fortunarum suarū Augustæ habuisse ex eo colligo, quod in causa I. appellationis res tantum particularis hereditatis petitur, hic vero in caussa secundæ appellationis vniuersalis ipsius hereditas postulatur vigore d. consuetudinis, quæ forenses non ligat, *per ea quæ supra in caussa prima appellationis dixi.* (56)

Quare concludo d.Hartman, si non ciuem, saltem verum incolam Augustanum mortis tempore.

Nec mouet † me, quod de iure communi incolatus per decennium acquiratur.*l.2.C.de incolis.lib.10.* quia illud non procedit, quādo quis animum manendi re, ipsoq; facto declarauit, quia tunc in continenti absq; mora decennij incolatum siue domicilium acquirit. *Alc. d.l. pupill.§.incola.n.12.de V.S. Dec.cons.284.n.1. Soc.d.c.licet rationem.n.25.de for.comp.* Quibus accedit, quod secundum ordinationem Augustanam statim post annum incolatus acquiratur, *vt supra dixi.* (57)

Nunc ad propositum, iuris est, quod etiam incola † subiectus sit legibus & consuetud. loci, vbi incola est. Idemq; iuris de incola quod de ciue. *l. incola municipalem vbi text. expressus ad idem enim glos.l.1.verb. munerib. C. ad municip.lib.10. Bald.ad l.1.n.13. C. de sum.trinit.* vbi dicit, quod incola subiectus sit LL.ciuitatis, qa quasi ciuis est. *alleg.l.1. C. vbi pet.tamen.* Cum igitur iurisdictio in municipali subijciatur, & forum ibi sortiatur. *d.l.incola*, sequitur quod consuetud. & statutis ac legibus illius loci vbi incola est. Quia à pari procedunt forum † sortiri & statutis ligari. Hanc regulam limitat Roland.à valle.*tr.de dolo.quæst.15.n.4.cum seqq.d.c. licet rationem & ibi Socin. n.45. Dec.cōs.284.n.1. vol.2. Alex.cons.157.n.15.vol.2.DD.c.quod clari de for.comp.* Et quod incola subijciatur cōsuet. Loci multis rationibus ostendit Soc. *cons.129. n.3.cum seq.vol.1.* Et † quod nomine ciuium incolæ contineātur tradit Alex. *cons.20.n.11.vol.2.per alleg.ibid.* Item quod appellatione prouincialis incola venit est text. *l.prouincialis V. sign.* Imo † proprie quis subditus dicitur ratione domicilij.*gl.sing. Clem.1.verbo subditus.for.comp.Soc.d.c.licet rationem n.8.fac.l.in orbe Rom. statu hominum. Alc.d.l.prouincialis, num.2.* vbi dicit, ex iure domicilij patriam acquiri, & id proprie: & appellatione Florentinorum non solum eos contineri, qui Florentiæ originarij incolæq; sunt, sed etiam quod altero tantum iure nitantur. (58) (59) (60) (61)

Ex quibus concludo d. Hartman consuetudini Augustanæ subiectum fuisse. Superest, vt de vxoris ciuitate inquiramus, quæ diu post d.Hartman vixit. Et inprimis quoq; illud sufficienter in actis probatum est, ipsam Augustanam & sic originariam ciuem fuisse, vnde eodem iure censeri debet, quo cæteri ciues Augustani. Parum tñ in præsenti refert originaria fuerit nec ne, sufficit matrimonium Augustæ cōtractum, eo ipso ciuitatis ius acquisiuit. Nam nuptiæ vim † originis habent, & origo † viri reputatur quoq; origo vxoris. *l.fin.C.incol. lib.10.l.filij l.decima.§.f. ad municip. Soc.c.pen. n.for.comp.Idem cons.35.n.7.vol.1.Bald.cons.439. n.4.vol.4.* Ideo † statuta, quæ ligant virum ratione originis vel domicilij, ligant quoq; vxorem. *text. in l.exigere iudic.l. cum quedam. iurisdict. om. ind. Bald. d. cons.435.* (62) (63) (64)

Fallit ergo regula supra dicta vers. *cuius originis. d.l. ad superstit. ad municip.* quod originis domicilium mutari non possit. Fallit inquam † in muliere, quæ ratione matrimonij mutat domicilium etiam originarium. *Soc. d. cons.pen. & Bald.d.cons.435.* (65)

Non obstat, quod mortuo marito ciuis esse noluerit. I. vt supra d. non sufficit sola contradictio, sed facto opus est. *d.l.domicilium.* II. Quia vidua naturale amissi † mariti domicilium & forum retinet. *d.l.filij.§.1.& l.de iure §.f.ad municip.& l.fin.C.incol.lib.10.* Satis igitur est, si aditionis tempore ciuis & incola fuerit, etiamsi mortis tempore plane forensis fuisset. Nam hereditas semel adita † desinit esse hereditas, amittit nomen hereditatis, & fit patrimonium proprium adeuntis. *l.sed si plures.§. filio vulg.& pupill.l.1.§. veteres acquir.poss. Rom. cons.40.n.2.Mar.p.4.dist.7.n.6.* Hinc est, quod hereditatis petitio non competat hereditati, qui semel acquisiuit possessionem rerum hereditariarum & postea eam amisit.*d.l. sed si plures. Petrus Iacobi in praxi in act.pet.hereditatis.n.17.* (66) (67) (68)

Cum itaq; d. Hartman sine literis, sine testamento, sine pactis dotalibus, vt ciuis vel saltem vetus incola Augustanus mortuus fuerit, videtur quoq; mori voluisse secundum consuetudinem eius loci, ex tacita quadam præsumptione iuris, eo quod nihil in contrarium pactis aut testamento statuerit per rationes, quas ponit Salic.*l.1.n.14.C.summ.trinit.& fide Cathol.*

Pronunciandū igitur secundum cōsuetudinem bene iudicatum, male appellatum. Compensatis tñ expens. ꝑpter iustā litigādi causam & no-

& nouas probationes in Cam. productas. Atque in hac quidem omnes Domini vnanimiter mecum concluserunt. Pronunciatum igitur fuit, bene iudicatum, male appellatum. Compensatis expensis &c.

DEC. I. VOTVM II.

In Caussa Margrethen Schefferin/
Contra
Thiel Full/ 1. Appellationis.

De effectu consuetudinis seu statuti an extra territorium se extendat.

SVMMARIA.

1 *Statutum, vt sufficiant duo testes in testamento, facit valere illud testamentum etiam extra territorium, vbi ferme maior solemnitas requiritur, & heres ex eo testamento succedit.*

2 *Testamentum filijfam. habilitati ad testamẽtum, non extenditur ad bona extra territorium sita. Quod intellige, de filiofam. subdito & incola, secus in forensi.*

3 *Statutum non potest legitimare personam non subditam statuto, nec circa ipsam aliquid disponere.*

4 *Filiusfam. ciuis, potest etiam extra territorium statuentium testari, & valebit testamentũ: nisi statuto expresse cautum sit, quod non possit aut debeat.*

5 *Spurius ex statuto iuris succedendi ius habet.*

6 *Extensio non fit in casu odioso.*

7 *Filiafam. preterita ab intestato succedit in bonis extra territorium sitis.*

8 *Statutum quando disponit principaliter super rebus & bonis, non extendit vires suas ad bona extra territorium statuentium sita.*

9 *Statutum non extenditur, vbi iurisdictio non extenditur, nec potest ligare, nisi subditos.*

10 *Res extra territorium sita non subijciuntur legi statuentium, sed proprie legi illius loci, vbi sita sunt.*

11 *Diuersitas locorum & iurisdictionis facit cẽseri diuersa patrimonia, & per cõsequens diuerso iure censeri.*

12 *Statutum à iure communi exorbitans nõ patitur extensionem, sed strictissimam interpretationem excipit, nec extenditur etiam ex identitate rationis.*

13 *Dispositio iuris Saxonici deferens vxori certas res ex bonis mariti defuncti, non extenditur ad res existentes extra territorium.*

14 *Consuetudine vnius loci cessante seruari debet consuetudo alterius loci, vel dispositio iuris communis.*

15 *Appellatione deserta non potest iudex super principali cognoscere, etiamsi partes consentiant.*

16 *Iudex, qui firmat sententiam, iam ipso iure propter desertionem confirmatam, male non facit.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVÆ ad hanc caussam pertinent, in sequẽti voto inter easdem secũdæ appellationis plene discutientur. Nimirum, an Hartman Scheffer ciuis Augustanus mortuus sit, nec ne, An consuetudo Augustana valeat, qua introductum est, vt superstes coniunx ab intestato defuncto coniugi sine liberis ex pactis dotalibus succedat in omnibus bonis, exclusis fratribus, sororibus, agnatis & cognatis.

Et concludendo d. Hartmannum ciuem fuisse, & allegatam consuetudinẽ de iure subsistere, prout concludo inter easdem in caussa secundæ appellationis. De vnica tamen quæstione hic videbimus, nimirum *An d. consuetudo extendat se etiam ad bona extra territorium Augustanens. sita, & sic ad molendinũ litigiosum.* Quæ quidem quæstio multum habet difficultatis, ideo paulo altius eam repetam. Tradunt hanc quæstionem Cyn. Bart. Sal. Alber. Ias. *ad l. 1. C. summa & fide Cathol.* ex quorum dictis facio sequentes conclusiones & distinctiones.

Aut statutum disponit circa solẽnitates testamenti: aut circa personas: aut circa res.

Primo casu, si quis testamentum faciat secundũ solennitatem illius loci, vbi † tale statutum est, scilicet, quod sufficiant duo testes, illud testamentum vbique valebit, etiam extra territorium, vbi forte maior solennitas requiritur & heres succedit in omnibus bonis vbicunque sitis. Et hæc est communis dd. opinio. *Br. d. l. 1. num. 37. Bald. num. 17. Sal. nu. 13. Ias. num. 44.* vbi dicunt eam esse communem. *Euerh. consil. 185. Boer. in consuet. Bituic. lit. costumes concernant le testament. §. 1. Bald. consil. 439. p. 4.* 1

p. 4. per tot. Anchor. cons. 163. n. 1. Alex. cons. 128. n. 2. vol. 1. Signor de Homad. cons. 166. n. 3. Ioan. Andr. in addit. ad specul. t. de instrument. adit. §. compendiose ad n. 16.

Secundo casu, quando statutum vel consuetudo circa personas distinguitur, aut disponit circa personas, habilitando eas veluti ꝙ filiusfam. possit † testari,& tunc testamentum filijs famil.non extenditur ad bona extra territorium sita,quia statutum, inquiunt, non potest extendere effectum suum vlterius quam extendatur potestas statuentium. Vnde tali casu contra communis iuris regulas filiusfam. partim testatus, partim intestatus decedet. *Bald.ad l.1.n.15 per rationes ibi alleg. Alex.d.cons. 128.n. 2. vol. 1.* & hæc accipienda sunt de filiofam. subdito & incola. Nam secus est in filiofam. forensi, quia licet ibi loci testetur, vbi talis est consuetudo, vel tale statutum, tamen non valet eius testamentum. Ratio est in promptu. Quia cum † statutum est tale, non potest legitimare personam non subditam tali statuto, nec circa ipsam aliquid disponere. *Bart. d.l. 1.n.26. Bald.ibid.n.13.fac.text.l.1. in fin. tutor & cur.* Contra fil.fam. ciuis,cui vigore statuti testari licet,potest etiam † extra territorium statuentium testari, & valebit testimonium nisi statuto expresse cautum sit, quod non possit aut debeat extra territorium statuentium testari. *Bald.d.l.1.n.13.* Et communiter DD.prædicta etiam in spurio obtinere volunt, qui ex † statuto iuris succedendi ius habet. *Bart. d. l. 1.n. 40. & Bald. ibid. n. 14.*

Aut statutum disponit circa personas prohibẽdo aliquid,sc.si statuto fœmina dotata excludatur exstante masculo, & hoc casu non fit † extensio ad bona extra territorium sita, cum sit odiosum. *l. maximum vitium. C. liber. prætor.* Vnde infertur † filiamfam. præteritam ab intestato succedere in bonis extra territorium statuentium sitis.*Bart.ad d.l.1.n.32.inf. Bald.ibid.n.19. Idem cons.131.n.5 vol.2.*

Sequitur tertium membrum distinctionis. Aut statutum disponit principaliter super rebus & bonis, veluti quod superstes coniunx succedere debeat in dimidiam partem bonorum omnium. Et hic est casus noster. In quo pugnantes sunt DD. opiniones. *Sal. in d. l. 1.* expresse tenet, hanc consuetud. etiam extendi extra territorium, idq; optimis rationibus confirmat, quos consulendo sequitur hoc *Soc. sen. cons. 36. vol. 1. per tot.* Bart. distinguit inter causam testati & intestati. Priori casu extensionem fieri,posteriori non.Sed omissis altercationibus ista est veritas,vt in tali casu statutum † non extendat vires suas ad bona extra territorium statuẽtium sita. *per l. f. de iurisd. om. iud.* statutum enim cum sit locale, nõ potest ligare,nisi subditos,nec enim statutum † extenditur, vbi iurisdictio statuentium non extenditur. *Bruno in eleganti tract. de statut. art.8.n.123.* Itaq; res extra † territorium sitæ non subiacẽt legi statuentium, sed proprie legi illius loci, vbi sitæ sunt. *l. cunctos populos inst. & iur.*. Facit adhoc,quod diuersitas locorum & iurisd. faciat censeri diuersa patrimonia, & per consequens diuerso iure censeri.*l.similes.l.si certorum Mil. testam.late Bruno loco cit. n. 124.* Præterea huc pertinet,quod † statutum à iure communi exorbitans, non patiatur extensionẽ, sed strictissimam interpretationem accipiat. *c. cum dilectus. consuet. Soc. cons.31. n. 2. vol. 1. Anchor. cons. 91. in pr.* Nec extendatur etiam ex itenditate rationis. *Bald. le. fin. n. 9. C. com. vtr. iudic. Curt. sen. cons.439.n.19. Dec. cons. 669. n. 6.7. & 11.p.5. Nic. Eberh. cons.123.*

Hanc consuetudinem iure communi contrariam esse, dubium non est, per text. *in auth. cessãte. C. de leg. her. & inst. C. & ff. vnde vir. & vx.* Et hanc opin. sc. quod non extendatur huiusmodi consuetudo, vel statutum extra territorium consulendo tenuerunt Alex. *cons. 16. n. 1. vol. 1.* vbi Molin. dicit ita practicari. Idem Alex. *cons.128. per tot. eod. vol. Anchor. cons. 163 per tot. Bald. cons. 131. n. 4. vol. 2. Curt. sen. cons. 43. n. 19. Schurff. cons. 56. n. 1. & 2. cent. 1.* vbi quasi in terminis decidit, quod dispositio † iuris Saxonici deferens vxori certas res ex bonis mariti defuncti, non extendatur ad res existentes extra territorium. *p l. pupillo. tutor. & cur. Castr. cons. 32. vol. 2.* vbi dicit, quod extra territorium † debet seruari cõsuetudo illius loci, vel dispositio iuris communis, si nulla sit ibi consuetudo. Idem tenet Anchor. *c. canonum statuta constitut. quos omnes allegat Cyn. in term. ad l. 1. n. 6. C. summ. trinit. & ibid. Fab. n. 18. Bruno tr. de statu. est. 8. n. 119.* Et hæc est communis om. DD. opinio except. Salic. *in d. l. 1.* Ita inquit Bruno loco alleg. siue statutum loquatur in rem, siue personam. *Anchor. d. cons. 163. n. 2. Alex. d. cons. 16. & cons. 125. vol. 1. Homodeus cons. 166. n. 3.* Porro cum hic versemur in casu intestati (in quo concludunt omnes excepto Sal. *d. l. 1.* non fieri extensionem) ommitto distinct. *Bart. d. l. 1. n. 37. Bald. ibid. n. 17. & Ias. n. 92.* testatus decedat quis vel intestatus. Nam in casu testati volunt fieri extensionem, in casu intestati non volunt, *vt supra d.* Quam distinctionem subsistere non puto, cum eadem sit ratio statuti in vtroq; casu. Et Anchor. *d. cons. 163. n. 2.* intelligit Bart. & alios loqui de solennitate testamentorum, non quando principaliter statutum disponit circa bona vel personas. Idem expresse dicit Fab. *ad d. l. 1. n. 18. Et ibi Cyn. n. 6.* quorum intellectũ maxime in odiosis dispositionibꝰ sequor. Et indistincte cõcludo, statutum non extendi vltra territorium, siue in rem, siue personam loquatur.

Q Itaq;

Itaq; pronunciandum in secunda instantia, male iudicatum, bene appellatum, & in prima instantia bene iudicatum male appellatum. Compensatis expensis in Camera factis.

Omnes mecum concluserunt. Sed quoniam caussa appellationis deserta fuit per diuersa fatalia in ordinat. partibus ad introducendā appellationem præfixa, & sententia à qua, retractanda venitet, necessario super desertione pronūciamus ꝑpter defectum iurisdictionis. Et quanquam hoc durum sit, attamen ita lex scripta est, per text. *in clem. si appellatum. Franc. late in c. ex ratione. num. 72. appel. Bald. l. eos. nu. 5. & auth. hodie. num. 4. C. appel.* Appellatione enim deserta † iudex nō potest super principali cognoscere, etiamsi partes consentiant, quia ipso iure resoluitur iurisdictio ad primū iudicem. Et hæc sine controuersia obtinent, quando sententia à qua, retractanda venit, quia reperitur à non suo iudice lata, cum iurisdictionem in cognoscendo super principali deserta appellatione, iudex ad quem nunquam habuerit. *d. clem. Si appellat. Franc. d. c. ex ratione. num. 79. DD. vbi supra.* Quod si confirmanda veniret sententia à qua, tum iudex posset nō attenta deserta appellatione super iniquitate pronunciare, quia non male facit iudex, qui firmat † sententiam iam ipso iure propter desertionem confirmatam, *Franc. d. c. ex ratione. num. 72. Rota decis. 14. de appellat. in nou. Mynsing. obs. 8. cent. 1. Gail. ob. 137. in pr. lib. 1.* Et ita in Camera sæpius seruatum memini. Et expedit hoc propter beneficium restitutionis aduersus desertionem. Pronunciatum super desertione.

15 16

DEC. I. VOTVM III.

In Caussa Ammeley Feigin/ *Contra* Stephan Lorentz/ & Consorten.

De interpretatione & intellectu consuetudinis Sp. quando coniunx superstes pro coniuge obligatur ad solutionem æris alieni.

SVMMARIA.

1. *Consuetudo, vt coniunx superstes, si mobilia bona occupat, ad solutionem æris alieni prædefuncti coniugis obligetur, valet.*
   Limit. tur procedere. nu. 4.
2. *Vxor pro marito de iure communi non tenetur. Contrarium de consuetudine & statuto disponi potest.*
3. *Actore non probante Reus absoluitur.*
5. *Prodigalitas mariti ante matrimonium, vxori obesse non debet.*
6. *Vxor quicquid habet, præsumitur habere ex bonis mariti.*
7. *Vxor respectu bonorum acquisitorum ante matrimonium, & quæ mulier dotis nomine marito attulit, non tenetur pro marito: quin omnibus creditoribus iure tacita hypotheca præfertur.*
8. *Soluens vni creditori, non ob id tenetur alijs quoq; soluere.*
9. *Res empta de pecunia aliena efficitur ementis, maxime si ei possessio tradita sit.*
10. *Res empta ab vxore de pecunia mariti, vindicari non p...t, sed ad pretij restitutionem personali actione agitur.*
11. *Pretium quando ad se trahat dominium, & concedatur fauore dotis in subsidium rei vindicatio.*

IN NOMINE Domini. Amen.

De nullitatibus & formalibus nihil.

De Actione.

Duplex in actis petitio loco libelli exhibetur. Vna ratione bonorum immobilium. Altera ratione mobilium. Super vtraque ex interuallo lis contestatur. Igitur super vtroque cognoscendum & pronunciandum.

Quod ad mobilia attinet, dubium non est actum ex lege, condictione seu consuetudine ciuitatis Sp. *prout not. Bartol. l. vn. num. 6. & 7. C. condict. ex l. omnes populi. num. 66. inst. & iur. Bald. l. ex placito. num. 12. C. rer. permut.* Secundum distinctionem, quam dd. ibi faciunt: quia quandoque ex consuetudine oritur etiam actionis factum. *Zas. l. si ita stipula. num. 11. V. oblig.* Quo ad immobilia, idem dicendum puto, nimirū actum condictione ex moribus, idque propter testimonium senatus Sp. super

super consuetudine iudicialiter exhibitum, quod de mobilibus & immobilibus copulatiue mentionem facit ligendt vnnd fahrendt Verlassenschafft. Concludo actum conditione ex moribus, quanquam ratione immobilium rei vendicatio dari possit inspecta petitione.

An probata?

QVod ad mobilia attinet, sufficienter probatum existimo, diuisionem secundum pacta dotalia post mortem Vrsula Häsin factam, & sic maritum duas Reæ partes accepisse, vnam suo, alteram filij sui nomine, quam filij partem actores, modo repetunt tanquam bona mobilia, idq; vigore allegatæ consuetudinis Sp. quia introductum, vt superstes cõiunx, si mobilia bona occupet, ad solutionem æris alieni prædefuncti coniugis obligetur, quæ quidem consuetudo per Documentum senatus rite probatur.

1 Valere † autem dictæ consuetudinis deq; 2 iure subsistere dubium non est. Nam licet † de iure communi vxor pro marito non tenetur. *t. t. c. ne vxor pro marito.* Contrarium tamen statuto disponi, aut consuetudine recipi potest. *Ias. §. actiones. n. 29. Action. Bart. tit. repres. sal. quæst. 1. n. 7. Chas. des diuiz. §. 1. verb. fin. consuet. Burgund. Rota. decis. 1. in nouis.*

Subsistente autem consuetudine videndum an Reus immiscuerit se bonis defuncti mobilibus. Atq; hoc in confesso est. Consectaneum ergo videtur eum quoque ad solutionem æris alieni prædefunctæ coniugis ex consuetudine obligatum esse, & sic actores quoad bona mobilia intentionem fundatam habent.

Quod attinet ad petita prædia, nempe die morgen Ackers / similiter in confesso est, in exceptione actionis fol. 37. Marx Geyger d. prędia ante matrimonium cum rea contractum emisse, reumque adhuc hodie illa possidere. Quoniam autem pupillus, quorum nomine actores agunt, heres patris sui est, recte & bonorum postulatio quoque petitur, vel vigore consuetudinis, vel actione rei vendicationis. Atque sic concludo, actores in vtraq; petitione intentionem fundatam habere.

An Elisa?

REa diuisionem non impugnat, sed prodigalitatem mariti accusat, omnia nimirũ fuisse dilapidata, antequam matrimonium secum contraheret. Nihil ex se peruenisse ex bonis specificatis, exceptis ijs, quæ in exceptionib. designantur, quorum restitutionẽ offert. Hæc allegatio, si probata foret, & iuri & ęquitati consentanea esset. Probata vero eo ipso videtur, quod actores contrarium non probarunt, diuisionem factam modo prædicto satis ostendunt. Cæterum in eo deficiunt an specificata bona mobilia in inuentario Marx Geygers / ad ream tempore contracti matrimonij comportarit, an eo tempore adhuc in rerum natura fuerunt. Vnde succedit vulgata regula, actore † non probante. *l. qui accusare. C. edendo.* 3

Nec obstat in contrarium allegata consuetudo Sp. quia † illam tunc locũ habere existimo, casu quo maritus in eo matrimonio, nimirum cum rea nouissime contracto, bona consumpsisset, secus si ante matrimonium bona sua dilapidasset (vt in præsente) id quod in actis ex multis coniecturis præsumitur. 4

Et Reus eius probationem etiãnum offert. Iuris autem est, quod prodigalitas † mariti ante matrimonium vxori obesse non debet. *l. ob maritorum. C. ne vxor pro mar. l. res vxoris. C. don. int. vir. & vx. l. sancimus. C. pœn. mot. gl. d. l. ob maritorum.* 5

Et hæc maxime procedere puto in pręsenti, vbi d. consuetudo loquitur simpliciter de debitis, secus forte esset, si de omnibus debitis faceret mentionem: quia etiam de debitis ante matrimonium contractis conueniri posset, *per ea quæ tradit Chass. in consuet. Burgund. Rubr. 4. t. des dreiten. §. 9. de tous de bous & §. 10. de tous de bous.*

Non obstat, quod de iure † quicquid habet vxor, præsumatur ex bonis mariti habere. *l. quintus. & ibi gl. don. int. vir & vx. Angl. consi. 141. n. 2.* vbi pulchre distinguendo declarat. *gl. l. quintus.* Quia hoc ꝓcedit in acquisitis ab vxore constante matrimonio, ad euitandã suspicionem turpis quæstus. *d. l. quintus. c.* Secus est in bonis acquisitis ante matrimonium, & quæ mulier dotis nomine marito attulit, vel alias successionis iure tenet & possidet, vt hoc casu. Nam in ijs tantum abest, vt pro marito † teneatur, vt etiam omnibus creditoribus iure tacitæ hypothecæ præferenda veniat. *l. assiduis. & ibi DD. qui pot. in pign. §. fuerat. vbi late Zas. & Ias. inst. act.* 6 7

Non obstat ad extremum, quod quibusd. venditionibus mariti soluerit, & sic consuetudinem partim approbarit, quia ob id non tenetur † alijs quoque creditoribus soluere. *l. fin. C. ne vx. pro marito. l. si cert. annis. C. pact. l. cum d. in rem verso de vsur.* Quare puto, ream ratione mobilium bonorum eatenus condemnandam, quatenus ex bonis mariti facta sit locupletior, nimirũ ad restitutionem eorũ bonorum, quæ ad se peruenisse fatetur, & quorum restitutionem suapte sponte in exceptione offert. Atq; sic concludo. 8

Quoad bona immobilia, nimirum fundos litigiosos attinet, Ream non in iure, sed probationibus deficere existimo, eo quod sententijs vtriusq; instãtiæ non satisfecerit, probando vid. d. fundos sua pecunia vẽditori solutos. Quod quia non fecit, aut facere non potuit

vtimet fatetur, stat præsumptio, contra mulierem, mariti pecunia solutos, quoad contrarium doceatur. Imo etsi probasset propria pecunia solutos, tamẽ adhuc dubium esse possit, an talis exceptio elideret intentionem actoris: cum iuris sit certissimi, quod res † empta de pecunia aliena effi iatur ementis, maxime si ei possessio tradita sit. *l. 1. l. multũ interest. l. pen. C. si quis. alt. vel. sibi. Bald. l. sicut proponis per tot. rei vend. fac. l. etsi de iur. donat. int. vir. & vxor.* Sic res † empta ab vxore de pecunia mariti vendicari non potest, sed ad pretij restitutionem personali actione agitur. *d. l. 1. & pen. C. si quis sibi vel alt. Bald. d. l. sicut proponis. nu. 6.* Itaq; in præsenti, etsi probata fuisset numeratio pecuniæ aut solutio pretij, fundos tamen rea retinere nõ posset. Cum maritus illos ante matrimonium emerit, ei que traditio suo non actoris nomine facta sit, tametsi ad pretij restitutionem possessorem fundorum (vt dixi) personali actione conuenire queat, *supra d. iuribus.* Nisi dicere velimus, prædia soluta ex pecunia dotali, vel alias marito donata: quia tunc in subsidium, pretium † ad se trahit dominiũ & cõceditur fauore dotis in subsidium rei vẽdicatio. *l. ita & l. res. quæ in. dot. l. vxor marito don. int. vir. & vx. gl. d. d. l. 1.* Secus, si pecunia nõ esset dotalis, *vt dixi, per leg. Proculus de iur. dot.*

Vnde si hoc probatum esset, actoribus obijci posset, dolo petis, quod mox es restiturus. *c. dolo. R. iur. in 6. l. in condemnatione. § dolo eod.* Quoniam vero neutrum probatum est nimirum fundos controuersos propria, & sic non aliena pecunia, aut dotali comparatos, concludo ob defectum probationis & confessionem propriam, Ream ad restitutionem, d. fundorum condemnandam esse, sententiamque à qua reformandam, quo ad bona mobilia. Compensatis expensis.

DEC. I. VOTVM IV.

In Caussa Hartman Pimpert/ Wirth/ *Contra* Otiliam Fauerbächin.

De lucro dotis, & quando inæqualitas permittatur inter dotem & donationem propter nuptias.

SVMMARIA.

1. *Articuli pro confessatis tunc acceptari possunt, si citatus semel in iudicium venerit, litemq; contestatus, postea vero contumax sit.*
2. *Lex quoties duo coniunctim requirit, vtrũq; fieri necesse est.*
3. *Appellationem non prosequens, ei renuntiasse videtur.*
4. *Actio ex stipulatu competit pro dotis repetitione aut muneratione: quin & pro donatione propter nuptias, & quæ præterea actiones competant, vide num. 8.*
5. *Dos & propter nuptias donatio paribus passib. ambulant.*
6. *Donatio ante nuptias, nomine & substantia nihil differt a dote.*
7. *Stipulatio in materia dotis, licet expresse non interuenerit, nihilominus interuenisse fingitur.*
8. *Pacta de lucranda dote vel donatione propter nuptias de iure subsistunt.*
9. *Dotem & donationes propter nuptias æquales requirit ius strictum: hanc æqualitatem consuetudo respuit. & nu. 10.*
11. *Bona mariti tacite sunt obligata pro dote, & econtra bona vxoris pro donatione propter nuptias.*
12. *Interpretatio iuris de re pari par erit.*
13. *Authent. æqualitas limitatur procedere, quando matrimonium est contractum per verba de præsenti: secus si nondum contractum est.*
14. *Virginitas altera dos est.*
15. *Instrumentum matrimoniale quomodo impugnetur & defendatur.*
16. *Scriptura priuata non creditur, nisi testibus & comparatione literarum adiuuetur.*
17. *Ad constituendam dotem, vel donationem propter nuptias, scriptura vel sigillatio nõ requiritur, si de voluntate contrahentium constat. Solus enim consensus sufficit.*
18. *Dotis constitutio etiam per verba enũciatiua probari potest.*
19. *In contractibus primum omnium attendi debet, quod actum est a partibus.*
20. *Veritas rei potius, quam scriptura inspici debet.*
21. *Sigillum auctoritatem præstat scripturæ, & authenticam eam facit.*
22. *Testis tam Reo, quam actori coniunctus, omni suspicione caret & plene probat.*
23. *Pacta matrimonialia seruari debent, etiamsi de instrumento non appareret, & depositionibus duorum probari possit.*

IN

IN NOMINE Domini. Amen.

FORMALIA sunt iusta. Quod ad nullitatem. Contra processum primæ instantię obijcitur, quod præcipitanter, nullo iuris ordine processum sit: articulos ante litis contestationem pro confessis acceptatos, demũ reiectis legitimis exceptionibus ad definitiuam iudices processisse. Hanc nullitatis exceptionem, quę vbique in processu reperitur, & cui potissimum appellans in caussa appellationis insistit, si Domini attendere velint, putarem releuantem esse. Iuris enim est manifesti, tum demum articulos pro 1 confessatis acceptari † posse, si citatus semel in iudicium venerit, litemq; contestatus, postea vero in respondendo contumax sit. *c. 2. vbi Franc. confess. lib. 6. l. filius & ibi Bald. interrog. action. cui adstipulatur ordin. Cam. p. 3. t. 15. §. 7.* Alterum vero in casu nostro adserit nimirum litis contestatio, sed nusquam in actis reperio litem ante contumaciam in respondendo contestatam fuisse. Quoties autem lex duo 2 † coniunctim requirit, vtrumque fieri necesse est. *l. si quis ita stipulatus fuerit decem. v. obl. l. si heredes plures cond. instit. Dec. cons. 177. num. 1. vol. 1.* Sequitur ergo, nulliter altero omisso, articulos pro confessatis acceptatos esse, sed meo voto nullitatem hanc non attenderem, quia cum appellationem eo nomine interpo3 sitam † non sit prosecutus, renunciasse appellationi, & per consequens huic grauamini videtur. *per text. c. solitudinem de appell. Mar. p. 6. t. appell. num. 413.*

De actione.

ACtum puto actione ex stipulata pro lucro donatis propter nuptias. *l. legem. C. do4 nat.* Quemadmodum † enim pro dotis repetitione aut numeratione ea actio competit. *§. fuerat. inst. action. l. vn. C. rei vxor. act.* ita etiam pro donatione propter nupt. cum vtraq;, tam 5 dos quam propter nuptias donatio, paribus † passibus ambulent. *l. cum nulla. §. simplices. vers. 6 sin autem C. donat. ante nupt.* Et nomine † & substantia nihil distet à dote ante nuptias donatio. *l. cum nulla. §. sic igitur. l. ex morte. §. hac tamen. pact. conuent.* Stipulationem in nostro casu interuenisse ex instrumento dotalitio cõ7 stat, quæ licet † expresse non interuenisset, nihilominus interuenisse fingitur. *l. vn. in pr. C. Rei vx. act.* quod est non exiguum dotis priuilegium, *vt inquit Zasd. §. fuerat. n. 4.* quem ibi 8 vide doctissime hæc explicantem. Posset † etiam dici, actum certi condictione. per text. *l. certi condictio. si cert. pet.* Permissa est & in rem actio pro tali donatione aduersus omnes possessores, verba text. sunt in *auth. permissa. C. donat. ante nupt. Bald. cons. 160. vol. 2.* Concludo a .tum ex stipulatione.

An probata?

ACtrix ad probandam suam intentionem exhibet instrumentum dotale, quo pactũ est, vt ipsa 1000. Flor. in auto, si prius maritum mori contigerit, lucretur. Huiusmodi 9 pacta de lucranda † dote vel donatione propter nuptias, de iure subsistere dubium nullũ est. *l. ex morte. §. hoc tamen. C. pact. conuent. d. l. cum nulla. §. si igitur cum don. ante nupt.*

Nec obstat, quod æqualitas dotis & donationis 10 propter nuptias † seruata non sit, quæ de iure stricto requiritur. *Auth. æqualitas. C. pact. conuent. auth. dos data. C. don. aut nupt. §. 1. auth. æqualit. dotis. c. fin. & ibi Canon. don. int. vir. & vxor.* quia hanc æqualitatem donationis & dotis, in constitutione quãtitatis, & pactis lucrorum, generalis vbiq; consuetudo non admittit. *Sal. & Dd. d. auth. æqualitas.* Nam ea contenta est æqualitate iuris, vid. quantum ad ius tacitæ hypothecę attinet, quẽadmodum bona 11 mariti tacite † sunt obligata pro dote. *l. assiduis C. qui pot. in pign. §. fuerat. inst. act.* Ita quoque bona vxoris tacite obligantur pro donatione propter nupt. *gl. d. l. assiduis ad f. text. l. vbi in pr. C. in. dot. Zas. d. §. fuerat. num. 15.*

Potest ergo minor esse dos, quam donatio propter nuptias, & è contra. Possunt & pacta 12 esse disparia. Interpretatio tamen iuris † parerit de re pari. *Innoc. c. donatio. don. int. vir. & vxor.* Cessante autem consuetudine notoria, illud quoque iuris est, quod imparitas pactorũ de lucranda dote & donatione ꝓpter nupt. fieri possit ante matrimonium. Ita singulari13 ter limitatur d † auth. *æqualitas. cum similibus,* vt ꝓcedat, quãdo matrimoniũ est cõtractum per verba de præsenti, secus si nõdum contractum sit, *per d. Innoc. d. c. f. don. int. vir. & vxor. Panor. ibid. num. 11. Soc. in fall. verbo don. propter nupt.* Iam constat in præsenti casu huiusmodi partum de lucrãdis 1000. Flor. ante matrimonium, appositum fuisse. Igitur prædicta æqualitas in cõstitutione quantitatis & pactis lucrorum attendi hîc non debet.

Accedit qualitas personarum, quod viduus virginem iuuenculam in vxorem duxerit. At 14 † virginitas altera dos dicitur, vt inquit Panorm. *cons. 29. num. 2. vol. 2.* Quare concludo hanc inæqualitatem etiam de iure in casu nostro subsistere posse, & per consequens, intentionem actoris per instrumẽtum dotalitium, si non plene saltem semiplene probatam, ita vt in supplementum probationis iuramẽtum deferri possit.

Accedunt multa alia adminicula, de quibus in Elisione.

An Elisa?

REus non diffitetur pacta cõuenta, sed instrumentum dotale impugnat, quod † nõ sit in mundum receptum, sigillisq; ex vtraque parte confirmatum, & sic nullam fidem facere, sed esse scripturam † mere priuatam, cui non creditur, nisi testibus & comparatione literarum adiuuetur. *l. instrumenta. C. de probat.*

15 16

Breuiter omissis alijs exceptionibus ad rem non pertinentibus, dico, hanc exceptionem non obstare.

I. Quod non simus in casu. *l. contractus. C. de fide instrument.* vbi inter contrahentes hoc actum est, vt non valeat cõtractus, nisi in scripturam redactus sit. At in nostro casu hoc initio factum non fuit, sed pure hinc inde de constituenda dote vel donatione propter nupt. promissiones factæ, & mutuæ stipulationes interpositæ sunt. Neq; enim ad † constituendam dotem vel donationẽ propter nupt. scriptura, vel sigillatio requiritur, si de voluntate contrahentium constat, solus consensus sufficit, adeo quidem vt per enunciatiua verba † dotis constitutio probari possit. *l. 2. C. dot. promiß. Dec. cons. 135. n. 5. Bart. cons. 123. n. 2.* Et in contractib us † primum omnium attendi debet, quod actum est à partibus. *l. semper in stipulat. R. iur. l. sed celsus. §. si fundus contr. empt.* Et † veritas rei potius, quam scriptura inspici debet. *l. 1. C. plus valere quod agitur. l. fin. C. quæ res pig. obl. poß.*

17 18 19 20

Concludo, in nostro casu scripturam non ad substantiam cõtractus, sed tantum ad probationem factam fuisse. An autem ea scriptura authentica sit, ita vt fidem faciat, controuertitur. Paulo ante dixi, si non plene, saltem semiplene probare. Impugnatur à Reo propter defectum sigillationis ex parte mariti qui ante sigillationem mortuus fuit, qui quidem defectus sane non exiguus est, cum † sigillum sit, quod autoritatem præstet scripturæ & authenticam eam faciat. *C. 2. & ibi Immo. & cõmuniter Canon. fide instrument.* vbi de materia authenticarum scripturarum.

21

Fateor hanc oppositionem esse fortissimam & releuantem, nisi d. instrumentum vel scriptura alijs quoq; adminiculis adiuuaretur.

Et I. omnium adiuuatur confessione propria Rei, qui pactorum constitutionem non negat, sed tantum scripturæ perfectionem impugnat.

II. Ex depositionibus testium, maxime secundi, qui contractui interfuit, eumq; ad instrumẽtum & requisitionem cuiusq; partis in scripturã redegit sigillum proprium appẽdit. Cuius fidei non detrahitur, quo producentis cõsangneus sit, ex quo pari gradu Reo quoq; coniunctus † sit, quo casu testimoniũ omni suspicione caret. *l. non solet. §. de vno. Ritu nupt. Bald. cons. 461. n. 3. vol. 4.* ibi concludit, fratrem qui sororem dotauit cõtra nepotes, idoneum esse testem. Huius depositionem confirmat æditus Coloniensis, qui ægroto marito adfuit, & audiuit, quod vxori dixerit, si præmoriatur, so soll sie auß seinen Güttern haben / so viel sie jhm in dotem gebracht / hette wol gehört actricem marito in dotẽ 1000. attulisse.

22

III. Quod d. instrumentum dotale ex parte actricis sigillatum sit, duorum nimirum clarissimorum sigillis, à duobus testibus legitime recognitis.

IV. Quod reus actrici vigore pactorum dotalium, vestes, ornamenta, mundumq; muliebrem promiserit, atq; hoc pacto contractum dotalem pro parte aliqua approbarit.

Istis igitur omnibus adminiculis cõcurrentibus, etsi d. instrumentum mancum videri forte posset, pacta tantum conuenta legitime probantur † & seruari debent. *l. cum nulla. §. si igitur. C. don. ant. nupt. fac. l. instrumenta. C. probat.* & aliàs si de instrumento non appareret huiusmodi pacta duorum depositionib⁹ probari possent. *l. vbi numerus. test. Bald. d. cons. 461.* At in præsẽti testes producti quoad summam conuentam plane conueniunt & concordant.

23

Quibus omnibus ad extremum accedat iuramentum suppletorium à iudice à quo delatum, & ab actrice in continenti præstitum, ita vt nunc, præstito iuramento, de periurio amplius querendum non sit, neq; an debeatur, sed an iuratum sit, *text. not. l. non erit. §. dato & l. duobus. §. fin. & l. nam postea. iureiurãd. l. 1. & 2. reb. cred. l. fin. lit. iurando.* Quanquam ordine præpostero à iudicibus, à quibus illud delatum videatur. Quoniam vero iuratum est, ordinis rationem amplius habendam non puto. Ex quibus omnibus breuiter concludo, bene iudicatum, male appellatum, cum solutione expensarum & interesse à tempore cœptæ litis, nempe 5. Flor. vom 100. Et hoc in sententia exprimendum.

Sententia.

IN Sachen ꝛc. ist allẽ fürbringẽ nach zu Recht erkandt / daß durch Richter voriger Instantz wol geurtheilt / vbel daruon appellirt / vnnd gedachter Appellant jhr der Appellatin die geclagte 100. Goldtgülden / sampt dem interesse, nemblich 5. Flor. 100. von 100. von Zeit erster Instantz angefangener Rechtfertigung / zu entrichten vnd zu bezahlen schüldig sey / alß wir jhnen darzu / auch inn die Gerichtscosten / ahn diesem Kay. Camer Gericht auffgelauffen / nach Rechtlicher Ermässigung zuentrichten vnnd zubezahlen / hiermit condemnieren vnnd fällig vrtheilen. &c.

DEC.

DEC. I. VOTVM V.

In Caussa Magnifici & Illustris cuiusdam,

Contra

Illustres & Generosos NN.

In puncto attentatorum & Materia collectarum.

SVMMARIA.

1 *Actiones confessoria & negatoria pro seruitutib. vindicandis competunt: quin & pro omni iure incorporali, puta iurisdictione, iure venandi & similib. & qua praterea actiones competant. num. 4.*

2 *Collecta sunt fructus iurisdictionis.*

3 *Rei vindicatio pro rebus corporalib. datur: nō autem pro incorporalibus.*

5 *Munerum ciuilium quadam sunt personalia, quadam patrimonialia, alia mixta.*

6 *Munera patrimonialia quadam sunt mere realia (proprie dicuntur tributa) qua rebus scilicet: quadam vero personalia, (proprie collecta) qua persona contemplatione persona indicuntur.*

7 *Collecta dicuntur qua non habent certam & determinatam formam & prastationem, sed variantur secundum superioris potestatem.*

8 *Munerum extraordinariorum impositio non fit prouisione, vel lege generali, nec ob caussam ordinariam, vel successiuam, extraordinariam, occurrentem, qua reiterationem non expectat.*

9 *Munera omnia, qua imponuntur inferioribus ab Imperatore, sunt extraordinaria.*

10 *Collecta quando intra ordinaria, quando inter extraordinaria munera computentur. & nu. 8.*

11 Romerzugk/ Turckenhülff/ Camergerichts Vnterhaltung/ *inter munera ordinaria referuntur.*

12 *Subditus tribus modis dicitur, ratione domicilij, ratione originis, & ratione delicti.*

13 *Collecta non imponuntur, nisi incolis & municipalibus non subditis, forensibus & extraneis.*

14 *Clerici collectari non possunt, quia iurisdictioni laicorum subiecti non sunt.*

15 *Forenses & persona non subdita, quando collectari possunt.*

16 *Munera patrimoniorum mere realia, non solum forenses, verum etiam clerici, & alias persona priuilegiata, sola bonorum ratione, prastare & soluere tenentur.*

17 *Munerib. patrimoniorum mere realibus nulla priuilegia prastant vacationem.*

18 *Bona forensium vice pignorum ipso iure pro tributis obligata sunt.*

19 *Originem nemo sua voluntate mutare potest.*

20 *Subiectio probatur ratione domicilij.*

21 *Domicilium facit incolas, & est triplex, naturale, accidentale & commune.*

22 *Domicilium ibi habere quis dicitur, vbi larem rerumque ac fortunarum suarum summā constituit, vnde rursus non sit discessurus, nisi auocatus.*

23 *In non subditum nulla cadit iurisdictio.*

24 *Verba* vnser Dorff mit aller zugehör/ *comprehendunt sub se merum & mixtum Imperium & omnimodam iurisdictionem.*

25 *Iurisdictio omnimoda quando conceditur, verbum iurisdictionis sumitur vt genus, & tres sub se continet species: secus in iurisdictione simpliciter concessa.*

26 *Legem vel statuta condere est meri imperij.*

27 *Merum imperium non tantum consistit in animaduersione in facinorosos homines, in gladio punitiuo, verum etiam in vetando & disponendo.*

28 *Non omnis lex tendit ad puniendum.*

29 *Gradu vno meri imperij sublato, reliqui oēs subsistere possunt.*

30 *Mulcta pecuniaria leuis, qua imponitur pro delictis, meri Imperij est.*

31 *Iurisdictio simplex modicam iurisdictionem habet, & sine ea nulla est.*

32 *Clericis de iure Canonico sanguinis iudicium agitare non licet.*

33 *Collecta, qua vulgo* Steur *appellantur, sunt de muneribus realibus, & ad realia pertinent.*

34 *Princeps vel Comes in suo territorio tantum potest, quantum Casar in Imperio.*

35 *Princeps inferior non potest etiam ex caussa alteri rem suam auferre.*

36 *Communitates, ciuitates, villa, municipia pro necessitatibus occurrētibus subditis suis collectas imponere possunt.*

37 *Collecta, summo Principe permittente, recte exiguntur.*

38 *Incola verus in iure dicitur, qui in aliquam regionem domicilium intulit.*

39 *Inhabitantes regionem aliquam animo perpetuo ibi manendi, incolæ ipsius res sunt.*

40 *Habitatio sola & agrorum possessio incolam non facit.*

41 *Territorium consistit in vniuersitate agrorum.*

42 *Iurisdictio sine territorio esse potest, & econtra.*

43 *Incolæ ijs magistratibus parere debent, apud quos incolæ sunt, omnibusque publicis munerib. fungi.*

44 *Incola subijcitur consuetudinibus loci.*

45 *Collectæ non nisi ab habentibus iurisdictionẽ imponi possunt.*

46 *Parens mandatis, & agens ea quæ agunt subditi, præsumitur subditus esse, nisi probetur contrarium.*

47 *Incola ijs magistratibus parere tenetur, apud quos incola est.*

48 *Subditus quis proprie dicitur ratione incolatus.*

49 *Incola contrauenien legibus & conditionib. in quas iurauit, potest ea terra & dominio expelli.*

50 *Priuilegia nulla à contributionibus vocationem aut immunitatem præstant.*

51 *A collectis, propter necessitatem belli, vel publicam omnium vtilitatem impositis, nemo excusatur, vel etiam priuilegio vallatus: nisi huius necessitatis, tempore concessionis, cogitatum fuisset.*

IN NOMINE Domini. Amen.

CAVSSA est simplicis querelæ. De iurisdictione non est disputandũ, eo quod libellus, nõ obstatibus exceptionibus per sententiam 11. Febr. Anno &c. 49. admissus sit.

Nullitatem processus quoque nullam reperio. Videndum igitur de actione. Actum puto actione in rem quasi cõfessoria. Quemadmodum enim † pro seruitutibus, tam personalibus, quam realibus, tam rusticis quam vrbanis vendicandis competunt actiones confessoriæ & negatoriæ. *l. 2. in pr. si ser. vind. & ibi communiter dd. §. aque inst. action.* Ita etiam pro omni iure incorporali, vt puta iurisdictione pro iure venandi & similibus competunt quasi confessoria & negatoria, prout singulariter not. Bald. *ad rubr. nu. 1. C vsufr. Fab. d. §. aque. nu. 3.* vbi dicit in vsu caussarũ ita obseruari, & quotidie libellos formari in confessoria pro vsibus pascuorũ. Refert & sequitur Iaf. *ibid. n. 34.* Idẽ tenet gl. *in c. tua nobis, verbo, tributum. Decimis.* Nimirum agi posse confessoria pro iure decimandi, cõtra impedientes eos in quasi possessione huiusmodi iuris decimandi. In ead. sententia est Guido. *decis. 148. per tot. Bald. l. 1. n. 6. si cert. pet. Schurff. cons. 69. nu. 12. & cons. 78. in pr. cent. 1.* Et Zas. huiusmodi iura seruitutis innominatas appellat. *d. §. aque. n. 25. Idem latiss. in vol. intellect. singular. c. 71. lib. 7. Et tangit cons. 6. n. 3. vol. 2.* Quare cum actor in libello adserat, sibi in articulatis pagis vigore regalium & iurisdictionis ius collectandi suos competere, collectæ † vero fructus sint iurisdict. *Thomas de Rio tr. de collect. mihi fol. 211. n. 19.* Et in ea iurisdictione a Reo impediri concludat, recte potest contra impedientem reum intentare actionẽ in rem quasi confessoriam. Et licet reus vbiq; in prędictis videatur significare velle rei vendicationẽ intentatã: tñ concludo, eam hic locum habere nõ posse, eo ꝙ † pro rebus corporalibus detur, non autẽ pro incorporalibus, vt est iurisdictio. *Bald. d. l. 1. n. 6.* vbi dicit, quod pro iurisdictione vendicanda competit quasi Seruiana vel officium iudicis.

Posset † etiam dici actum cõdictione ex lege, vel priuilegijs Cæsarum, maxime Lodo. Romanorũ Regis & Caroli 4. *iuxta l. 1. & l. fin. vbi Bart. const. princ. l. 1. condict. ex l.* Idque probabilius videtur, ex quo actor in ijs suam intẽtionem potissimum fundat.

An probata?

PRo decisione quædam ante omnia permittenda sunt. I. Munerum † ciuilium triplicem esse diuisionem. Nam quædam personalia sunt, quædam patrimoniorum dicuntur, alia mixta. De quibus speciebus tractat Ictus. *l. 1. & l. in munerum. Muner. & honor. gl. elegans ad rubr. C. eod. tit.* Late quoque eam diuisionem prosequuntur DD. præsertim. Bart. *l. 1. C. mulier. quo loco munera. lib. 10. Iaf. l. placet. C. S S. Eccl. Lucas de Penna. C. ann. & tribut. lib. 10.* Illud tamen diligenter hic obseruandum venit munera patrimoniorum in duplici esse differentia. Quædã † enim sunt mere Realia, q̃ principaliter Rebus indicuntur, & ꝓpriè tributa appellantur. Quædã vero principaliter personæ contemplatione veniunt, & collectæ dicuntur. *l. rescripto. §. f. Mun. & honor. DD. vbi supra. Iaf. d. l. placet. n. 20.* Effectus magnus est vti ex seqq. apparebit.

II. Præmitto collectas dici, quæ † non habent certam & determinatam formam & pręstationem, sed variantur secundum superioris potestatem. *Bald. l. fin. num. 5. C. sine censu & reliquis &c. Bart. l. 1. num. 27. C. mulier & in quo loco lib. 10. Iaf. d. l. placet. n. 4.* Et hac consideratione inter munera extraordinaria computãtur, quorum impositio non fit † prouisione vel lege generali, nec ob caussam ordinariam vel successiuam, sed extraordinariam occurrentem, quæ reiterationem non expectat. *l. in*

l. in honoribus. §. vacationum. vacat. & excus. mun. & ibi Bart. n. 5. Paris. cons. 25. n. 5. vol. 1. Ias. d. l. placet. n. 7. vbi concludit, quod omnia 9 †munera, quæ imponuntur inferiorib' à summo Imperat. sint extraordinaria. *DD. communiter locis supra cit.*

10 Possunt † tamen collectæ inter ordinaria munera referri, quando nimirum de earum impositione certa & generali lege prouisum est, ita vt singulis annis recurrant, quia tunc habentur vt aliæ ordinariæ indictiones, & sunt vt munus patrimoniale, ita vt forensibus sola ratione bonorum indici possint. *Bart. d. l. bi qui. n. 5. iure immunit. Idem l. 1. intervall. mun. & honor.* vbi dicit, statuto fieri posse, vt collecta sit minus extraordinarium. Idē tenet Bald. *d. l. fin. nu. 5. C. sine censu vel reliquis. Paris. d. cons. 25. n. 90. vol. 1. Affl. c. 1. quæ sunt regal. verbo extraordinaria. n. 42. & in verbo plaustrorum per tot.* vbi simpliciter tenet collectas munus esse ordinarium, quia inquit in locum indictionis quod est ordinarium munus successerūt. *per l. 1. C. indict.* Communis tamen est in contrarium, quod tunc demum inter ordinaria munera referantur, quando à lege, statuto vel consuet. certam habent præstationem. Et 11 hac ratione collectas imperij † Römer Zug/ Türcken Hülff/ Cammer Gerichts Vnterhaltung aliâs inter munera ordinaria (quod ad effectum attinet) referri posse putarem. Habent enim certam & præfinitam à lege imperij occurrente necessitate, præstationem, licet singulis annis non recurrant.

12 III. Præmitto † subditum tribus modis dici I. ratione domicilij. *c. ex parte B. & ibi gl. & Panor. n. 8. foro comp. Soc. c. licet rationem. n. 8. d. t. l. 1. & ibi gl. munic. & orig. lib. 10.* II. Ratione originis propriæ vel paternæ. *d. l. 1. & l. adsumptio. §. 1. & ibi Bart. ad municip. l. ciues. C. incol. lib. 10.* III. Ratione delicti, idq; improprie. *gl. C. em. vnica verbo subditos foro comp.*

IV. In facto præmitto Dittelbach/ cæterosque pagos articulatos in distinctu præfecturæ Stirensis sitas esse, id quod actor non diffitetur, & testes sufficienter probant.

Fundamenta Actoris.

HIs præmissis videamus de iure actoris. Constat cum ex libello, tum vero toto processu, actorem suam intentionem super priuilegijs & regalibus sibi à multis retro Cæsaribus & Regibus Rom. concessis atq; datis fundare. Et inprimis quoad prçsentem casum sup priuilegio Lodo. Rom. Regis, quo Illustr. & Magnif. dominis cōceditur, dz Dorffgericht zu Dittelbach mit allem Rechten vnnd Nutzen darzu gehörig/ sola gladij potestate excepta. Item super priuilegio Caroli 4. de dato 1358. Veneris post Michaelis, & eiusdem de Anno 1376. 1. Sep. quibus ordini & hospitali Stirensi immunitas ab omnib. collectis sup bonis eorūdem vbiq; sitis concedit, atq; in vniuersum omnibus, nominatim vero & in specie Stirēsibus edicitur, ne in contrarium quicquam attentetur. Quæ quidem priuilegia à Carolo 5. ratificantur & renouantur.

His nisus actor fundamentis ponit & articulat, in 20. art. sibi tanquam principi imperij vigore priuilegiorum regalium & iuris communis ius collectādi suos subditos in locis articulatis & ad iurisdict. vel iudicium Dittelbachense, spectantibus competere. Quod an verum sit, modo considerandum venit. Et inprimis notiiuris est, collectas non imponi † nisi 13 incolis & municipalibus. *l. rescripto. §. fin. & ibi gl. Muner. & honor. gl. ad rubr. C. eod. t. Ias. d. l. placet. n. 5. C. SS. Eccl. DD. communiter in locis vt supra.* Ratio eius conclusionis est, quia cum collectæ impositio sit munus extraordinarium, quod nimirum imponitur personis pro rebus, vel prædijs in terris collectantium sitis, pro modo facultatum, *vt supra in secundo præmisso dixi*, si personæ non sunt subditæ, non potest etiam earum impositio locum habere, *d. l. rescripto. §. f. & l. munerum. § patrimoniorum & ibi Bart. muner. & honor. Schurff. cons. 69. n. 26.* vbi dicit esse communem. Itaq; huiusmodi collectæ forensibus & extraneis, etiamsi bona vel prædia sub iurisd. collectantium habeant, imponi non posse, quia non sunt incolæ aut municipes. *d. l. inscripto. §. fin.* Eadem ratione Clerici † collectari non possunt, quia iurisdict. 14 Laicorum subiecti non sunt. *Auth. nulla communitas. C. ex & Cler. c. non minus immunit. Ecclesia. c. 1. eod. t. lib. 6.*

Et hoc regulariter verum est. In quibsdam tamen † casibus etiam forenses, & sic perso- 15 næ non subditæ collectari possunt, quando nimirum consuetud. memoriali ita receptum fuit, veluti si ciuitas aut princeps eam potestatem ab immemoriali tempore præscripserit. *Alex. cons. 68. Paris. cons. 25. Bart. d. l. 1. C. mulier & in quo loco.* Posse ergo consuetudine induci, vt forenses collectas soluere teneantur pro rebus, quas habent in terris collectātium. Idem obtinet in vsurario. Nā licet forensis sit, tñ soluere tenetur. *l. f. l. 2. §. fin. ad municip.*

Porro quoad munera patrimoniorū mere realia † attinet (sunt n. in duplici differentia vt 16 supra dixi in 1. præmisso) nulla est dubitatio, quin ñ solū forenses, verū etiā clerici, & aliâs personæ priuilegiatæ, sola bonorum ratione ad collectarum solutionē obligati sint. *d. l. rescript. §. fin. d. l. munerum.* His n. † muneribus, q̄ 17 possessionibus vel patrimonijs indicūtur, nulla priuilegia p̄stant vacationē. *l. his honorib. vacat. mun. text. eleg. l. 1. C. indict. lib. 10. dd. locis sup. cit.* Quod adeo verū est, vt bona † eorū vice pi- 18 gnorū ipso iure p̄ tributis obligata sint. *l. 1. C. in quib' causis pig. tac. cōtrah. l. 1. C. si p̄pter pēsit. publ.*

Quoni-

Quoniam igitur collectæ non possunt imponi, nisi incolis & municipibus & sic subditis, superest vt videamus, an incolæ d. pagorum Illustr. & Magnif. dominorum subditi sint nec ne. Atque hoc ipsum actor multipliciter probare conatur. I. Ratione † originis, cuius tãta est potẽtia & efficacia, vt nemo eam sua voluntate mutare possit. *l. origine. C. ad municip. Soc. cons. 35. num. 7. vol. 1. Idem. c. fin. foro comp. Dec. cons. 284. n. 11.* II. Ratione domicilij habitationis, quibus potissimum modis subiectionẽ † probari supra in 3. præmisso dixi, *fac. l. domicilium & ibi gl. ad municip. l. si in patria. C. incol. lib. 10.* Domicilium † enim incolas facit. *d. l. domicilium.* Estque triplex, Naturale, Accidentale & Commune. *Soc. d. c. licet ratione. num. 11. foro comp. fac. l. ciues. C. de incol. lib. 10.* prout supra dixi in caussa Scheffers contra Fuß/ Syntagmate 2. dec. 1. vot. 1.

19 20 21

Quod autem subditi Illustr. & Magnif. Dominorũ in articulatis pagis origine & assumptione eius loci incolæ sint, res ipsa & factum cessatur. Nam in eo loco quis domicilium † habere dicitur, vbi larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, vnde rursus non sit discessurus, nisi auocatus. *d. l. ciues. C. incol. lib. 10. vbi gl. & Bart.* Modo ex actis sufficienter cõstat hindersassen / in dictis pagis rerum ac fortunarum suarum certam fixamq; sedem cõstituisse, quare etiam incolæ eius loci censendi sunt. Quibus accedunt actus iurisdictionum, quos ex ordine in duplicis in puncto defens. *nu. 81.* ad probandam subiectionem actor recenset.

22

Et inprimis illud in confesso est, planeque ex actis perspicuum Illustr. & Magnificos dominos zu Dittelbach iurisdictionem presertim in suos habere. Si iurisdictionem. Ergo & subiectionem, quia in non subditum † nulla cadit iurisdictio. *l. f. C. iurisd. om. iud. & t. t. si autem non comp. iud. Angl. cons. 217. in pr.* Atque si rectè perpẽdatur priuilegium Ludouici cõstabit actorem non simplicem iurisd. in suos habere, sed omnimodã, & consequenter merum & mixtũ Imperium. Concessit enim Imperator omnem iurisd. & expressis tantũ caussis die in das Lehen gehen. Exceptis in specie maleficijs, pœnam sanguinis irrogantibus. Ergo in casibus non exceptis (cum exceptio firmat regulam. *l. 1. & ibi gl. & Dec. R. Iur. & simil.*) videtur omnimodam iurisdict. dedisse. Et verba illa vnser Dorffgerichte † mit allem zugehör / ita accipienda sunt, vt comprehendant sub se merum & mixtum Imperium & simplicem iurisdictionem per doctrinam gl. quam communiter sequuntur dd. *in clem. 1. verb. omnimodam. foro comp.* quæ vult, quod quando omnimoda † iurisdictio conceditur, verbum iurisdictionis sumitur vt genus, ita vt sub se tres species iurisdictionis comprehendat, secus si iurisdictio simpliciter concessa esset, quo casu solũ intelligit iurisdictio in specie cõcessa. *Ias. l. Imperium. n. 11. cum seqq. iurisd. om. iud. & ibi communiter. DD. Panor. c. conquestus. nu. 4. foro comp.* Sed in præsenti omnimoda iurisdictio conceditur, exclusis tantum caussis mere capitalibus. Igitur generaliter in omnib' alijs plenissimam iurisdictionẽ cõcessisse videtur.

23 24 25

Atq; hoc pacto priuilegium Lodouici Regis accipiendium esse, ex testium depositionibus colligere facile est. Deponunt enim vno quasi ore omnes, quod non tantum actori gelobt / geschworen / Gerichtbar / Rechtbar / sondern daß er jhnen Ordnũg gemacht / & quod in futurum leges ipsis præscribere possit. At legem vel statuta † condere est meri imperij, quia illud nõ tm̃ consistit in animaduersione † in facinorosos homines. *d. l. Imperium. iurisd. om. iud. & vt refert Ias. ibi. nu. 2.* in gladio punitiuo, verum etiam in vetando & disponendo: quia non omnis lex † tendit ad puniendũ. *l. legis virtus. LL.* Et cum plures sint gradus meri Imperij secundum distinctionem Bart. *ad d. l. Imperium,* sublato † vno gradu omnes reliqui subsistere possunt.

26 27 28 29

Deponunt & hoc amplius testes actoris vtriusque examinis, Er habe die kleine Freuel zu straffen / sed leuis † mulcta pecuniaria, quæ imponitur pro delictis, de mero Imperio est. *l. leuis mulcta. C. modo mulct. Bart. l. Imperium. nu. 13. Ias. ibid. nu. 45. Alex. nu. 20.*

30

Nec obstat, quod etiam simplex iurisdictio modicam coercitionem habeat, & sine ea nulla sit. *l. fin. §. fin. offic. eius cui mandata est iurisd. l. magistratibus iurisd. om. ind.* quia illud procedit in quadam verbali coërtione, quæ fit officio iudicis mercenario ad expeditionem caussæ, non autem quæ ad vindictam maleficij cõparata est, atque nobili officio iudicis expeditur. *Ita Bart. d. l. Imperium. nu. 12. sequitur. Alex. nu. 16. Ias. nu. 8.* Sed actor habet in leuioribus, quo ad maleficia die Freuel / vt magna pars testium deponit. Ergo & ea habet, quæ sunt meri Imperij. *dd. vbi supra.* secundum distinctionem, quam tradit Ictus. *l. 2. pub. ind. & Imp. §. 1. restit. eod. t. vbi vide.*

31

Quoniam igitur Ludouicus Imperator expresse capitalia excepit, videtur proculdubio omnem iurisdict. in alijs casibus non capitalibus reliquisse & cõcessisse, id quod actor quoque adseuerat in Replicis in pũcto principali um *n. 82.* Exceptionis caussam fuisset arbitror, quod de iure Canonico † Clericis sanguinis iudicium agitare non liceat. *c. Clericus. c. sententiam. Ne cler. vel mon. secul. & c. Alc. l. transigere. num. 4. C. transact.* Itaque si habet actor vigore priuilegij ibi loci ea, quæ sunt meri Imperij, excepta gladij potestate, non est dubitandum, quando etiam habeat, quæ sunt mixti Imperij, possitque veniam ætatis dare, legitimare per rescri-

32

rescriptum, cæteraq; expedire, quæ sunt mixti imperij. *Bart. l. 1. n. 6. iurisd. om. iud. & d. l. imperium. n. 17. eod. t.*

Ex quibus omnibus concludendum videtur, actorem sufficienter probasse, incolas d. pagorum origine, assumptione & iurisdictione suos esse subditos. Quo subsistente vidend. erat, an possit eos collectare? Et certum est, quod ex priuilegijs ius collectandi non habeat, cû in ijs de iure collectandi nulla mentio fiat, sed tantum immunitas Illustribus & Magnificis dominis super bonis & personis conceditur.

Quare inquirendum, an de iure communi illud habeat? Et quidem constat huiusmodi 33 collectas, quę vulgo Stewren † appellantur, esse de regalibus, & ad regalia pertinere. *c. 1 vers. extraordinaria & ibid. Bart. quæ sint reg. Schurff. cons. 59. n. 25 cent. 1.* Similiter constat, actorem habere regalia in oẽs suos subditos, tum ex priuilegijs exhibitis, tum vel maxime, q̃a princeps imperij est, qui ex cõsuetudine notissima Germaniæ ius collectandi suos subditos habet.

34 Et aliâs ex recepta dd. opin. princeps † vel Comes in suo territorio tantum potest, quantum Cæsar in imperio. *Fel. c. quæ in Ecclesiarum. n. 32 cum seq. const. Zas. cons. 1. n. 21. cum seq. vol. 2. Schurff. cons 18. n. 2 cent. 3.* vbi dicit, illud perpetuo notandum, quia inquit est aurea limita-35 tio ad regulam, quod inferior † princeps non possit, etiam ex causa, alteri rem suam auferre, quam quæstionem tractat Schurff. *cons. 76. cent. 2.* & aliâs iuris, non solum principem in-36 feriorem à supremo, verum etiam † communitates, ciuitates, villas, municipia pro necessitatibus occurrentibus subditis suis collectas imponere posse. *per text. l. 1. §. quod nemo in gl. verbo proconsul. Quod cuiusque vniuers. nomine, vbi Bartol. num. 2. & 3. Schurff. cons. 59. n. 1. cent. 1.*

Quibus accedunt recessus imperij de anno 42. & 44. Item 48. fol. 17. §. Damit aber / videl. in collectis imperij quemlibet suum subditũ collectare posse. Vnde cum p̃mittente summo 37 † principe, nimirum Cæsare, id fiat, rectè exigi possunt. *l. 1. & ib. Bart. n. 24. C. mulier. & in quo loco.* Quare concludendo dicendum videtur, actionem nõ solum subiectionẽ, verum etiam collectandi ius sibi soli competere, sufficienter deduxisse & probasse. Sequitur ergo de Elisione rei.

An Elisa?

PRo defensione & ad elidendam actoris intentionem, Reus opponit merum imperiũm, se nimirum in articulatis pagis omnibus gladij potestatem habere. Ergo merum imperium, *l. imperium. iurisd. om. iud.* Præterea die hohe forstliche Obrigkeit vnnd Gelaitt / ius scil. foresti & salui conductus, atq; sic omnem superioritatem. Item Illustr. & Magnif. dominorum subditos suos esse incolas. Igitur à se vigore regalium collectari posse.

Quod merum imperium Reus ibi loci habeat in capitalibus, in confesso est, & per priuilegium Ludouici Imperat. expresse comprobatur. Præfecturam Stirensem esse feudum imperij non dubito, tum quia des Reichs Pfleger nominatur, id quod actor fatetur, tum etiam quia testes hoc ipsum satis confirmant. Habet ergo sua reg[illegible], & in consequentiam, tam ex consuetudine Germaniæ, quam constitutionibus & recessibus imperij ius collectandi.

Videndum igitur, an vigore regalium etiam subditos actoris collectare possit. Huius quæstionis adeoque totius defensionis diuisio in eo consistit: *An incolæ rei sint nec ne?* Et superioribus non obstantibus supra in contrarium allegatis, puto esse. Verus namque incola † in iure dicitur, qui in aliquam regio- 38 nem domicilium contulit. *l. pupillus. §. incola V. sign.*

Cum ergo regio hæc quasi territorium sit, extra controuersiã sequitur, quod inhabitantes † eam regionem animo perpetuo ibi ma- 39 nendi, incolæ quoque ipsius rei sint. *l. ciues. C. de incolis lib. 10.* Contra actoris incolæ dici non possunt, cum nullam ibi loci regionem aut territorium habent. Sola † vero habitatio 40 & agrorum possessio nõ facit incolam. *l. libertus. §. sola domus l. domicilium. ad municip.*

Quare non obstant, quæ supra ab actore de originis & domicilij iure adducta sunt, quin potius pro reo militant, cum locus originis & domicilij actoris non sit, sed rei.

Non obstat etiã *d. l. pupillus. § pupillus. V. sig.* q̃ territorium † consistat in vniuersitate agrorũ, 41 quia additur intra fines cuiusque ciuitatis. Sed actor nullos in Dittelbach, multo minus in alijs pagis fines tenet sola iurisdictio priuilegio ei concessa est, quæ tanquam ordinaria in eius persona, non in ipso territorio consistit. *l. more maiorum. iurisd om. iud.* Et alias alterum sine altero esse potest. Necessario enim iurisdictio non cohęret territorio, & contra. Potest enim iurisdictio † sine territorio sub- 42 sistere, & territorium sine iurisdictione. *Bart. d. l. 1. num. 15. vbi exempla ponit & ibi Ias. n. 12. cum seq. & communiter DD. Bald. l. 1. & §. initio offic. præf. vrbis.* vbi vult, quod iurisdictio formaliter & actiue dicatur esse in magistratu ius dicente, sed materialiter & passiue in personis subditis: ratione autem situs & sic sub prædicamento vbi, debet inesse territorio, quia terminatur *per l. f. C. iurisd. om. iud. & sequitur Ias. d. loco.*

Cum

Cum igitur in præsenti confessione iurisdictionis, nulla sit mētio territori, sed tantū daß Dorffgericht zu Dittelbach/ concludatur, cum omni fructu & iure, non potest dici territorium etiam concessum fuisse, cum alterum sine altero subsistere possit. Secus esset, si pagum Dittelbach cum iurisdictione concessisset, & de omnimoda præfecturæ iuridictione exemisset, quo casu de territorio præfecturæ subditi actoris non essent, *vt tradit Alc. d. l. pupillus*, id quod factum non est.

Quare concludo incolas Rei esse. Si incolæ ergo in casibus pmissis ab ipso collectari possunt, nisi speciali priuilegio sint exempti. Incolæ enim ijs magistratibus † parere debent, apud quos incolæ sunt, omnibusque publicis muneribus fungi. *l. incola. ad municip. Dec. cons. 284. num. 9. vol. 2. l. & in patria. vbi gl. in verb. muner. C. ad municip.* Et quod incola † subijciatur consuetudinibus loci, multis rationibus ostendit Soc. *cons. 129. nu. 5. & seq. vol. 1. fac. l. priuilegio. C. incol.*

43

44

Non obstat, quod impositio collectarum sit actus iurisdict. *c. licet caussam probat.* Et nonnisi ab habentibus † iurisdict. possint imponi. *Salic. l. neminem. C. SS. Eccl. Brunus cons. 29. n. 10. in consil. feudal. mihi fol. 36. fac. 2. Soc. cōs. 187. num. 15. vol. 2.* Quia ratione maleficij & domicilij Reus iurisdictionem habet, & sic duplici vinculo ei subiecti sunt. Quo ptinet ordinaria contributio deß halber Pfennings/ quæ testibus sufficienter probata est, item exactio vniuersitatis, quæ fit quoties iustitiæ executio facienda est. Nam omnes in vniuersum Reo cōtribuere debent, item Gerichts Platz zuverleihen/ prout in 6. addition. ponitur, qui sufficienter est probatus.

45

Ex quibus actibus iurisdictionis vtiq; subiectio euidenter probatur. Nam † qui paret mandatis, & agit ea, quæ agunt subditi, præsumitur subditus esse, nisi probetur contrarium, quod scilicet animo obediendi id non fecerit, *prout not. Innoc. c. olim. n. 2. Restit. spol.* Item mandare, punire, mulctare, actus sunt iurisd. *Bald. cons. 468. in pr. vol. 1. Zas. l. 3. nu. 29. acquir. poss.*

46

Præterea priuilegium exemptionis subiectionis necessitatem satis conuincit. Sunt exempti actoris Vndersassen à munerib⁹, alijsq; oneribus. Ergo si non essent exempti tenerētur. Si subditi actoris fuissent, nulla opus fuisset exemptione. Sed Carolus IV. dans immunitatem collectarum hospitali Stirensi in specie mandat magistratui eius ciuitatis, ne quicquam in contrarium attentent. At tali mādato opus non erat, si actoris fuissent subditi, ꝙ maxime verum est in collectis, quæ personis pro rebus indicuntur, & nisi subditis imponi non possunt, per ea quæ supra d. sunt.

Non obstat, quod de mero & mixto actoris Imperio diximus, quia talis potestas sine territorio non facit incolam, ꝙ sola iurisdictionis ratione non habetur, aliàs multa habet territoria: quia in singulis articulatis pagis subditos habere prætendit, quod esset absurdum. Concesso etiam, Reos nullam in actoris Vndersassen iurisdictionem habere, tamen vel sola ratione incolatus collectari possent. Cum incola ijs † magistratib⁹ parere teneatur, apud quos incola est, *d. l. incola.* & proprie quis † subditus ratione incolatus dicatur, *gl. d. clem. 1. foro comp. Soc. d. c. licet ratione. nu. 8. eod. t. Alciat. l. prouinciales. nu. 2. V. S.* Quo pertinet recessus Imperij de 1501. fol. 42. qui expresse disponit daß ein jeder ꝛc. cōcordant recessus de anno 42. §. darmit auch/ fol. 256. & de anno 44. §. vnnd dieweil.

47

48

Non obstat, quod actor sit Princeps Imperij, & sua regalia, sicut alij Principes ab Imperat. habeat, quia nunquam probatū est, quod ratione istorum bonorum sit Princeps imperij. At præfecturam Stirensem feudum Imperij esse constat. Imo mihi videtur, quod actoris Hindersassen/ potius sint coloni originarij, aut adscriptitij quam vere subditi. Inhabitant enim villas eorum, quorum nomine in certas LL. & conditiones iurarunt. Ita † vt si ijs contraueniāt, possint eos cum terra suo dominio expellere. *l. ne diutius in f. pen. C. ag. & cens. lib. 11.* Et sic principaliter non parent actoribus in omnibus, sed tātum ratione bonorum & prædiorū, q̄ in alieno territorio sub pfectura Stirēsi habēt, vt coloni originarij vel adscriptitij.

49

Porro disputationem Rei de præscript. de amissione priuilegiorum per non vsum, cum nihil ad propositum faciant, lubēs prætermitto. Et concludendo dico, actoris intentionem esse Elisam de iure communi, aut potius non probatam, vid. sibi in articulatis locis, ius collectandi suis competere: quia allegata priuilegia non tribuunt ius collectandi, sed immunitatem tantum concedunt. Quare vel hac sola ratione Reum absoluendum puto.

An autem iure speciali exempti sunt à collectis actorum Vndersassen paucis quoque videndum, & ad hoc deducendū, multorū Cæsarum priuilegia exhibentur: quæ tamē in casu præsenti locū habere nō puto, siue hoc munus collectarū extraordinarium siue ordinariū faciam⁹. Nā nulla † priuilegia ab his contributionibus, in quibus hic versamur, vacationem aut immunitatem præstant. Ita expresse constitutum in recessu de anno 44. §. vnnd insonderheit fol. 210. f. 2. cum quo concordat recessus 48. §. damit aber. fol. 2. f. 2.

50

Accedat, quod ex communi DD. sententia † in collectis, quæ propter necessitatem libelli vel publicam omnium vtilitatem imponū-tur,

51

tur, exempti non excusentur. *Paris. cons. 86. n. 14. & 22. vol. 1.* vbi limitat præd. conclusionem non procedere, nisi in genere de hac necessitate etiã cogitatum fuisset tempore concessionis. *Ita Castr. & alij l. in toto in pr. l. 1. Alex. cons. 30. per tot. vol. 5 & cons. 101. vol. 1.*

Porro extra hos casus Imperij, si Reus pro suo priuato cõmodo collectas imponere vellet, putarem actoris priuilegia tam in ordinarijs, quam extraordinarijs muneribus locum habere, & reum subditos actoris collectare nõ posse, ad quod pondero duplicem Rei confessionem in except. *nu. 80.* Volo ergo Reum ab instituta art. nomine collectarum Imperij absoluere, cum clausula reseruatoria quoad ius collectandi extra casum Imperij, compensatis expensis ex iustissima caussa. Si domini in hanc sententiam mecum descendant in puncto attentorum, super quo etiam lis contestata, Reus quoque absoluendus venit.

Contrarium autem conclusum per maiora vota, & actori ius collectandi ins Reichs Anlagen / etiam in bonis subditorum extra territorium sitis ratione subiectionis adiudicatum fuit.

Sententia.

In Sachen zc. Clägern eines / wieder Weilandt N N. jetzo des Erben in actis benant / alß Innhaber der Plag DD. Beclagten anderstheils / ist allem vorbringen nach zu Recht erkandt / daß gedachter Cläger die Gerechtigkeit in articulierten Dörffen / Flecken vnd Weiten / seine Gerichtbare / Vogtbare Vnderthanen vnd Hindersaßen in deß Reichs Anlagen zu beschweren vnd collectiren zustehe / vnnd darumb dem Beclagten nit gebühret hat / auch noch nicht gebühre / jhnen Clägern ahn Belehnung vñ Einziehung obgemelter Reichs Anlage / gebührlich Collecten vnd Stewren geclagter maß zuuerhindern / vnnd sich hinfuro deß zu enthalten schuldig sey / alß wir sie auch hiemit darzu condemnirn vnnd verdammen: ferner in puncto attentatorum ist erkandt / dz gedachtẽ Beclagtem angezogener maß zu attentiren nit gebühret / sondern daran zu viel vnd Vnrecht gethan habe / derowegẽ solche attentaten auffzuheben seyn / alß wir dieselben auch hiermit auffheben / die Gerichtskosten allenthalben auffgelauffen / auß bewegenden Vhrsachen gegen einander compensierendt vnnd vergleichendt.

DEC. I. VOTVM VI.

In Caussa Bürgermeister zu F F. *Contra* Bischoff zu F F.

Citationis ad videndum se incidisse: Materia collectarum.

SVMMARIA.

1. *Collectæ tantum incolis & municipibus imponuntur, & sic subditis.*
2. *Munera omnia, quæ ab inferioribus à summo principe indicuntur, extraordinaria sunt.*
3. *Statuto fieri põtest, vt collecta sit munus ordinarium.*
4. *Vnusquisq; collectari debet ibi loci, vbi domicilium habet.*
5. *Bona fides non patitur, vt quis vnius rei nomine pluribus & diuersis locis sæpius interpelletur.*
6. *Intellectus §.* vnd Dieweil / §. wiewol Reichs Abscheidt / *de anno 44. & 48.*
7. Bede *quid.*
8. *Contributiones Imperij nulla priuilegia excusant.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVONIAM à Domino Referente omnia docte & accurate adducta sunt, paucis meam sentẽtiam declarabo, & inprimis, quod ad decisionem caussæ principalis attinet, duo mihi considerand a potissimum videntur. 1. Ius commune. Quæritur à FF. an de bonis immobilibus in Episcopatu FF. sitis collectari possint. Si collectam munus extraordinarium faciamus, quod personis principaliter ratione rerũ indicitur, vt est communis dd. opinio, *per text. l. rescripto. §. fin. & ibi gl. l. munerum. §. patrimoniorum. muner. & honor. l. cum neque. C. incol. lib. 10.*

lib. 10. Dixi in voto proxime præcedenti: certum erit FF. non teneri ad solutionem collectarum de bonis alibi sitis. Ratio quia forenses. Collectæ † enim tantum incolis & municipibus imponuntur, & sic personis subditis. *d. l. rescripto. §. fin. Alex. conf. 68. num. 2. vol. 1.* Contra si munus patrimoniale mere reale cõstituamus, iam nulla dubitatio erit, quando ad præstationem collectarum, tametsi forenses sint teneantur. *d. l. rescripto. §. f. l. munerũ. §. patrimoniorum. Mun. & hon.* Ego distinctionem facio. Aut Episcopus suo nomine ad suam & diœcesis vtilitatem collectam indicit, veluti pro redimendo pallio, pro exoluendo ære alieno à prædecessore contracto, vel alia quauis necessitate occurrẽte, & putarem collectam munus proprie dici extraordinarium, & forenses non teneri, cum propter incertam præstationem & occurrentem necessitatẽ: tum quia omnia † munera, quæ ab inferioribus à summo principe indicuntur, extraordinaria sint. *Iaf. l. placet. nu. 1. C. SS. Eccl. 2. lect.* Aut Episcop⁹ collectas Imperij nomine indicit ad vtilitatẽ communem Imperij hoc casu, quoniam huiusmodi collectæ à lege Imperij ab Imp. & statibus generali constitutione certã & definitam habent pstationem, licet quotannis nõ recurrãt, nõ dubito, quãdo inter munera ordinaria mere realia saltẽ quoad effectũ referri possint. *l. 1. C. indul.* & ibi Bart. dicit, q † statuto fieri possit, vt collecta sit mun⁹ ordinariũ. *Itẽ Bart. l. hi q. n. 5. C. sine cẽsu vel reliquis &c. Parif. cõf. 25. n. 90. vol. 1.* Et hoc casu putarẽ de iure cõmmuni FF. ad earũ præstationẽ sola bonorũ ratione, licet forenses sint teneri. *d. l. rescripto. §. f. & d. l. munerum. §. patrimoniorum. Parif. d. conf. 29. n. 5.* Atq; hic iterũ considerandæ veniunt constitut. Imperij des Reichs Abschiedt / quæ iuri communi derogando volunt, vnumquemq; collectari † debere in cõtributionibus nimirum Imperij, ibi loci, vbi domicilium habet de bonis extra territorium habitationis sitis. Refero me ad Abschiedt / Anno 1500. mihi fol. 42. f. 2. & Abschiedt / de Anno 1542. mihi fol. 286. qui Imperij recessus loquuntur de generalibus & vniuersalibus contributionibus, quæ fiunt per capita omnium subditorum sine aliqua exceptione priuilegiorum aut immunitatum per modum Capitationis.

Iam ad propositum. Bona fides non patitur, vt quis vnius rei nomine † pluribus & diuersis locis sæpius interpelletur & exigatur. *l. bona fides. R. I.* id quod ad fundandam intentionem actores allegant. Eius rationem habitam fuisse in caussa proxime superiori dominis in memoriam reuoco, vbi ratione subiectionis tantum ius collectandi etiam in bonis subditorum extra territorium sitis Illustr. & Magnif. Dom. in deß Reichs Anlagen / adiudicatum fuit. Ne igitur nunc contrariũ aliquid statuamus, diligenter animaduertendum erit.

Quod ad me attinet, in collectis & contributionibus Imperij von des Reichs Abscheiden nec debeo nec possum recedere. Sed obijci posset, nos nõ versamur hic in terminis dictorum recessuum, qui de vniuersalibus, vt dictũ est, contributionibus deponunt, vbi singuli in habitationis loco, de omnibus bonis vbicunque sitis censeri debent. Sed in † terminis der Abscheiden / de anno 44. fol. 310. §. vnd dieweil. Item de anno 48. fol. 16. §. Wiewohl / in f. p. ibi permittitur singulis principibus, in subditos in subsidium collectent; qui recessus de particularibus collectis loquuntur, vnde in præsenti vigore d. recessuum Episcopus FF. ciues collectare posset.

Ego põderanda puto verba der Abscheiden / daß ein jeder Fürst seine Vnderthanen ꝛc. Subditos ergo in collectis particularibus collectare potest, non autem forenses, qui bonorum ratione subditi non sunt. Et quoniam in lege imperij expresse hoc prouisum nõ est, nimirum quod forenses in particularibus contributionibus, ratione bonorum in terris collectantium sitorum collectari possint, manemus in terminis iuris cõmunis. *l. quicquid adstringendæ. V. obl.* Nisi dicere velimus, collectas particulares Imperij, esse munus patrimoniale mere reale, quod possessionibus & sic forensibus inciditur, *vt supra conclusi.* Alias si munus sit extraordinarium, quod ratione rerum tantum indicitur, certum est, Spirenses de iure communi, neque etiam de iure speciali, Imperij, in quibuscunq; contributionibus, tam vniuersalibus, quam particularibus, non teneri. In vniuersalibus expressum hoc est. In particularibus contrarium non statuitur. Et hactenus de primo membro. Nunc de altero. Actores ad probandam immunitatem multa exhibent priuilegia, quæ meo iudicio parum ad rem faciunt. Nam aut loquimur de tributo & ordinarijs indictionibus, quæ possessoribus † siue possessionibus indicuntur, vulgariter Beedt. Et res expedita est, quia fatentur daß sie die Beedt zahlen müssen. Aut loquimur de contributionibus Imperij, quæ patrimonijs indicuntur, & certum est, nulla † priuilegia præstare vacationem, *l. 1. C. indict. lib. 10.* idque non solum de iure communi. *d. l. 1. d. l. his honoribus*, verum etiam speciali der Abscheiden / in locis supra allegat. quæ nemini in his contributionibus vacationem præstant. Itaque volo non in caussa principali hic pronunciare, nimirum an FF. Episcopo de bonis in suo Episcopatu sitis collectas soluere teneantur, sed tãtum super pœnis priuilegiorum, an Episcopus in pœnam eorundem inciderit nec ne, iuxta petitionem actorum, simpliciter Reum absoluendo ab actione. Idque eo magis, quod collectas in casu

casu præsenti magis ad suum priuatum commodum, quam imperij nomine indixerit. Compensatis expensis.

Sententia.

In Sachen Burg. vnnd Rath der Statt FF. Cläger eins/wider H. TT. Bischoffen zu FF. Beclagte anderstheils/die Schatzung vnnd Steuwer belangendt/ist allem Fürbringen nach zu Recht erkandt/daß gedachter Beclagter võ angestelter Clage zu absoluiren sey/alß wir jhnen auch hiemit absoluiren vnd endledigen/die Gerichts Costen derohalben auffgelauffen/auß bewegenden Vrsachen gegen einander compensierendt vnnd vergleichendt/Publicata 14. Maij. Anno 63.

DECAS I. VOTVM VI.

D. Correferentis in caussa paulo ante præcedente Illustr. & Magnifici Domini,

Contra

Illustres & Genorosos NN.

Collectarum.

SVMMARIA.

1 *Pro iure incorporali, puta iurisdictione &c. & seruitutib. quæ actio competat.*

2 *Confessoria in rem non tantum contra eum, cuius prædium est & seruit, verum etiam aduersus quemcunq, turbatorem vel impedientem datur.*

3 *Collecta imponitur personis principaliter contemplatione rerum.*

4 *Collecta est munus extraordinarium.*

5 *Collectas quis imponere possit.*

6 *Collecta est actus iurisdictionis.*

7 *Bona supposita alicuius iurisdictioni, etsi alibi sita sunt, non possunt per alium, quam eum, cuius iurisdictioni supposita sunt, collectari.*

8 *Collectarum impositio non est de mero imperio, sed mixto.*

9 *Actus collectandi est actus exercendi iurisdictionis, & eiusmodi facultas competit ratione iurisdictionis.*

10 *Forensib. vel non subditis collectæ imponi non (possunt.*

11 *Collectantes non habẽt iurisdictionem in personas forenses.*

12 *Collecta non potest imponi, nisi subiectis, hoc est, ciuibus & incolis. & nu. 26 & n. 39.*

13 *Laici clericis collectas imponere non possunt, nec colonis.*

14 *In collectarum impositione semper persona inspicitur, cui imponitur.*

15 *Munus dicitur, quod subimus lege vel imperio eius, qui iubendi habet potestatem.*

17 *Ciuium nomine qui veniant.*

18 *Ex Vico qui est, sortitur originem ex ea ciuitate, cui subest vicus.*

19 *Nati in vico aut villa dicuntur ciues eius ciuitatis, cui tributum soluunt.*

20 *Subditus is proprie dicitur, qui sortitur forũ ratione domicilij.*

21 *Subditi præsumuntur, qui mandatis alicuius parent, & faciunt, quæ subditi solent.*

22 *Districtuales qui sint, & districtus quid sit & nu. 23.*

24 *Territorium omne iurisdictione munitũ est.*

25 *Territorium potest etiam dici iurisdictio in paucos, & singulares personas.*

26 *Separatorum separata est ratio.*

27 *Subditus quis esse non potest, quando naturaliter non est subditus, licet ratione alicuius accidentis sit subditus.*

28 *Inclusio vnius est exclusio alterius.*

29 *Præscriptio nulla currit in impositione collectarum.*

30 *Munera ordinaria sunt, quæ à principe imponuntur, vel à lege.*

31 *Munera personalia si in duobus locis, scil. domicilij & originis imponantur, cui primo debeat stari vel pareri.*

32 *Ciuitas originis potior est, quam domicilij.*

33 *Locus originis collectam tantum imponere potest, in bonis in territorio originis sitis, non in loco incolatus.*

34 *Collectæ imponendæ locus & modus quis sit.*

35 *Collecta non potest imponi forensi, nisi contraria sit consuetudo.*

36 *Concessiones principum contra concedentes late interpretandæ sunt.*

37 *Habens iurisdictionẽ altam, potest dicere homines suos esse, & ita quoq, ipsos tolerare.*

38 *Collecta est munus mixtum.*

40 *Domino ad collectas non obligato, nec Emphyteuta obligatur.*

41 *Collectare soli principi licet, & quibus pterea.*

42 *Præfectus est maior, quam Comes & defensor ciuitatis.*

43 *Priuilegium omne in sua forma tantum seruari debet, & non vltra extendi.*

44 *Fendi substātia in sola fidelitate, quæ est forma eius substantialis, consistit, cætera à pactis & inuestitura pendent.*

IN NOMINE Domini. Amen.

ETSI dubium videri posset, an Cam. sit huius causæ competens iudex, cum partes forum priuilegiatum habeant, quia tñ per sententiam iam ante ista q̄stio determinata est, amplius de ea non dubitabo.

Nullitatem nullam inuenio, nisi forte quis suspicetur in rotulo, ad futuram rei memoriā iuxta ꝓtestationem, tēpore receptionis testiū, eius rotuli factam, aliquid nullitatum subesse.

Cæterū eiusmodi protestationēs, vt plurimum friuolæ & inanes sunt, vt specialem confutationem non mereantur.

Ad hoc reliqui testes producti Rotuli per omnia primis testibus adstipulantur, vt sic maiorem fidem habeant nec illud circa attēdendum esse existimo.

1 Quod † ad actionem, quamuis plures dari possunt inspecta causa petitionis libelli, nec non ipsa petitione aut quasi cōfessoria aut negatoria, aut etiam condictio ex L. vel cōstitutione Imperij, quæ collectas subditorum ꝑmittit, vel demum officium Iudicis, tamen quia allegatus libellus generalis est, ad oēs collectā- species sese extendens: Lex autem vel condictio imperij aliquas saltē includat, puto cōdictionē ex lege tanq̄ actori minus profuturā, & angustam nimis dari non debere. Quia etiā officium iudicis desuper implorari posse permittat, tamen rei vindicat. nulla dari potest, cum versemur in iuribus incorporalibus. Restat igitur actio in rē cōfessoria vel q̄ quasi pro seruitutib⁹ dari solet, & ea magis placet. Quod autē huiusmodi iura incorporalia quasi seruitum sapiant naturam, refero me ad dd. *in §. æque inst. action. vbi Zas.* Igitur pro illis consequendis confessoria agi potest.

Neq; obstat, quod Reus dicit, actori hanc actionem non competere, cum neget reū hoc ius collectandi possidere, siquidem id in rei vendicat. & vbi super re corporali agitur, locum sibi vindicat.

Considerata etiam actoris petitione libelli videri posset quod non tātum petitorium, sed etiam possessorium persequi denuo intendat, dum queritur, se in iure suo impediri & molestari, & petit, dici Reo hoc non licuisse, nec in posterum licere, vt sic d. petitio reijcienda sit.

2 Verum confessoria † in rem non tantum cōtra eum, cuius prædium est & seruit, verum etiam aduersus quemcunq; turbatorem vel impedientem datur. *l. apud Trebatium. §. idem Trebatius. aq. plu. arc. l. si quis diuturno §. agi si seru. vend.* Itaq; hanc petitionem de iure quoq; sustineri posse non ambigo, & actor in duplicis n. 81. petit nach Gestalt des vorgemelten petitorij, vnd der vnziemlichen Verhindernüssen pronunciari.

An probata?

NItitur actor 2 fundamentis. I. Quod à multis retro Cæsaribus priuilegia, concessiones, confirmationes, pro se & suis habeat. II. Quod habeat in d. pagis iurisdict. ciuilem omnimodam, vt in actis; vbi videndum, quid probatum in facto, denique quid iuris.

In facto probatum est, Illustr. & Magnific. domin. inn Dittelbach das Gericht zubesetzen/ Item probatum est eius subditos zu Dittelbach & in dictis 5. pagis soli Illustr. & Magnific. Domin. esse, gelobt/ geschworen/ Vogtbahr/ Richtbar/ Item quod Illustr. & Magn. Dom. fidelitatem iurarint, q̄ ibi iuri stare debeant & teneantur. Item quod Illustr. & Magn. Dom. habeat ein eygen Gericht vnnd Vogt zu Lauterbach/ Item quod Ill. & Magn. Dom. subditi, Reorum bona in d. locis vnter actorem gesessen/vnd gelegen seyn/Item quod in omnib. d. locis Ill. & Magn. Dom. Gütter vnd Vnderthanen habe/ Et quod Illust. & Magn. Dom. Vogt zu Dittelbach gemeltem Herrn in d. quinque pagis gebeut vnnd verbeut/ Item quod Illust. & Magn. Dom. seine Vndersassen zu Dittelbach/ & in d. pagis mit Thür vnnd Nägel beschleust/ Item quod Pfleger auff Illust. & Magn. Dom. bonis jhnen gebotten vnnd verbotten/ Quod Ill. & Magn. Dom. zu Dittelbach vmb Freuel & causas ciuiles verurtheilt/ Item Illustr. & Magn. Dom. habe Kirchen/ Gesatz/ Gericht vnd mehrertheil der Gütter zu Dittelbach/ & hoc in facto. Modo iuris est, collectam esse munus, partim personale, partim reale, & sic mixtum, q̄ personis imponitur † principaliter cōtemplatione rerum. *Bald. l. prædia. C. fidei com. verbo quare cum collecta. Item l. propter. C. qui bon. ced. post. Paris. cons. 25. n. 4. vol. 1.* Attento, quod hæc collecta non est perpetua, certa & ordinata, & ideo non ordinaria, nam tum mere patrimonialis esset. *Bald. c. imperialis pace constant. nu. 17.* Et quod munus † extraordinarium sit, tenet idem Paris. quia collectæ istæ non habent certam & limitatam formam, sed cuilibet imponuntur per solidam & liberam ꝓ modo facultatum, & occurrentes necessitates. *gl. l. rescripto. §. f. Muner. Bart. l. 1. Quod cuiusq; vniuers. nomine.* Quamuis non negarit, collectam, quā lex scripta, vel constitutio, vel consuetudo imponit, ordinariam dici, & hanc nostram ex Abscheidt & constitut. Imperij fundari & imponi. *l. 1. C. vac. mun. l. nimis verb. sign l. 1. §. 1. muner. & hon. Alber. in Rubr. Mun. & honor. n. 6.*

3

4

Quis

5 Quis autem † imponere possit collectas, dictum est à D. Ref. *l. 1. §. quod si. Quod cuiusq; vniuers. nomine.* Et collectare de regalibus esse asserunt Dd. *l. 4. §. actor. re indic.* Et hi qui habent iurisdictionem collectare possunt. *Alber. l. imperiũ. iurisd. om. iud. Alex. in addit. ad Bart. l. 1. C. super exactor. lib. 11.* Siquidem collecta † actus iurisdict. est. *d. l. rescripto. §. fin. not. d. l. data. C. qui accus. non poss.* vbi potest superior iurisd. habens afficere subditos etiã extra territoriũ, *vt ibi & lege mercatores. vbi Bald. c. commerc. l. 2. C. erranti. Bart. & alij l. cunctos populos. C. summ. trin. & fide Cathol. Frãc. Gemni c. 1. immun. Eccl. li. 6.* licet habeatur aliqs respectus quoad bona accessoria; nam personale tãquam principale respiciend. est. *d. l. f. decret. ab ord. fac.* Et sic bona 7 † supposita alicuius iurisdictioni et si alibi sita sunt, non possunt per alium, quam eum, cuius iurisdictioni supposita sunt, collectari. *c. 1. quæ sint regal. l. si licet. C. noua vectig. inst. non posse.*

8 Adeoq; † collectarum impositio non est de mero imperio, quia in pecuniario commodo consistunt, quod repugnat mero imperio, & quia iure actionis petuntur, & quidem personali. *Bald. d. l. prædia. C. fidei comm. l. de iure ad municip.* Etsi collectæ dicantur mixti imperij, non male dici puto, *Albert. per l. iniquum C. iurisd. om. iud.* Adhæc, quod † actus collectandi 9 sit actus exercendæ iurisdictionis quem nemo imponit, nisi habens iurisd. tenet Paris. *d. cons.* Et facultas talis cõpetit ratione iurisdictionis quam quis habet in loco. *Paris. ibid. n. 56.* At ex actis constat actoré in Dittelbach & super bonis in d. pagis sitis omnimodam iurisdict. præter gladij potestatem habere, quam permittit Reo, & sic istud requisitum iurisdictionis scil. ex parte actoris impletum est.

Sequitur videre, quibus collecta imponi possit, & an illi de Dittelbach / & de d. quinq; pagis tales sint, quibus per actoré imponi pos-10 sit? Et regulare est, forensibus † vel non subditis collectas imponi non posse. *l. rescripto. §. f. & ibi Bart. muner. & honor. l. in forma. §. 1. cons. l. cum neq. C. incol. lib. 10.* Rationem addunt, quia imponitur personæ pro rebus. Ergo si persona non sit subdita ratione originis vel domicilij, non potest imponi. *Bald. l. non tantum. §. f. excus. tut. Boer. decis. 260. p. 2. n. 11. Alex. cons. 178. n. 4. vol. 6.* Et hinc collectæ, quæ imponuntur personis pro rebus siue bonis sitis in terris collectantium, non possunt imponi forensibus etiã pro rebus vel bonis sitis in terris, & sub iuris-11 dictione collectantium, cum † collectantes non habeant iurisdictionem in personas forẽses. *l. libertus. § sola. ad municip. Alex. cons. 68. in pr. vol. 2.* Collecta namq; munus est, quod impo-12 nitur personis pro patrimonio, & tale † munus non potest indici, nisi subiectis tãtum, hoc est, ciuibus & incolis. *Schurff. cons. 44. cẽt. 1.* Et hęc 13 est causa, cur Laici † Clericis collectas imponere non possint, cum Clerici Laicis subiecti non sint. *Auth. item l. nulla. de his. C. Ep. & cler.* Hinc etiam fit, quod Colonis imponi non possint. *l. litibus. §. f. C. Agric. & cens. lib. 11. Iacob. de Arena. l. si fructus. sol. matr. Innoc. & dd. c. tua nobis 2. Decim.* Et in † collectarum impositio-14 ne semper inspicitur persona, cui imponitur. *Bartol. l. 1. n. 2. Canno. & tribut. lib. 10.* Adde, ꝙ mun⁹ † dicitur, quod subimus lege vel imperio 15 eius, qui iubendi habet potestatem. *l. munus propriè V. sign.* Actorem autem in dictis locis habere iubendi potestaté ex actis ostẽsum est.

Ergo etiam munera potest ijs, tãquam suis subditis, imponere, cum reus ibi nullum prorsus imperium habeat, quam gladium. Vnde consequens, eas nemini † imponi posse, nisi 16 ciuibus & incolis. *Bald. cons. 434. n. 2. vol. 3. l. incola. ex his ad municip. Alber. in rubr. Mun. & hon. n. 27.*

Modo quæritur an illi de Dittelbach & in d. quinq; pagis actoris subditi ciues sint, an incolæ? Et sane, ciues eos dici posse putarim, cum quod in actoris bonis habitẽt, tum quod eius mandatis pareant, & iurisdict. omnem recognoscant.

Non obstat, quod in ciuitate non habitent, aut muris non concludantur; siquidem ciuium † nomine veniunt, non tantum ij, qui sunt 17 de ciuitate, sed etiã qui sunt de diœcesi & comitatu alicuius. *DD. in rubr. solut. matr. Bartol. l. 3. C. Natur. lib.* qui dicit *per l. 1. ad municip.* quod ille, qui ex vico est, sortitur † originem 18 ex ipsa ciuitate, cui subest vicus, & qui † in vi-19 co aut villa sunt nati, dicuntur ciues eius ciuitatis, cui tributum soluunt. *Auth. quibus modis nat. eff. sui. §. si quis igitur. Fel. c. Rudolphus rescript. n. 9. text. expressus. l. qui ex vico ortus ad municip.* Atq; cum Illust. & Magnif. domini hic ciuitatem repræsentent, magis est, vt & ij, qui in ijs locis nati sunt, & domicilium habeant, illis subiecti, & ciues originarij videri possint. Ideoq; ad munera obligentur. Subditus † enim is proprie dicitur, qui sortitur forũ ra-20 tione domicilij. *gl. clem. 1. for. comp. vers. subditus. Boss. cum læsa Maiest. n. 95.* Iam vero, quia subditi illi sub actoris foro & iurisdictione cõprehenduntur, necesse est, vt sub eius domicilio concludantur. Subditi † namq; præsumun-21 tur, qui mandatis alicuius parent, & faciunt, ꝙ subditi solẽt. *Innoc. c. olim. 2. vers.* Item qui paret mandatis Rest. Spol. item qui soluit censũ vel pensionem. *c. 1. & c. quanto censibus. c. recipimus priuileg.* Quod si quis eos ciues, & quidẽ originarios, non recte dici posse arbitretur; saltem pro districtualibus † habendi sunt, cum 22 districtus ꝓprie sit dominium vel transitoriũ, 23 accedẽs ciuitati in subiectionem, vltra fines simul cũ ciuitate statutos, inter quos quicqd est, vocatur territorium. *l. pupillus §. territorium. V. sig.* & comitatus secũdum *Bald. l. 1. §. cum vrbe off.*

 pref.

44 *Feudi substãtia in sola fidelitate, quæ est forma eius substantialis, consistit, cætera à pactis & inuestitura pendent.*

IN NOMINE Domini. Amen.

ETSI dubium videri posset, an Cam. sit huius causæ competens iudex, cum partes forum priuilegiatum habeant, quia tñ per sententiam iam ante ista q̃stio determinata est, amplius de ea non dubitabo.

Nullitatem nullam inuenio, nisi forte quis suspicetur in rotulo, ad futuram rei memoriã iuxta ꝓtestationem, tẽpore receptionis testiũ, eius rotuli factam, aliquid nullitatum subesse.

Cæterũ eiusmodi protestationẽs, vt plurimum friuolæ & inanes sunt, vt specialem confutationem non mereantur.

Ad hoc reliqui testes producti Rotuli per omnia primis testibus adstipulantur, vt sic maiorem fidem habeant nec illud circa attẽdendum esse existimo.

1 Quod † ad actionem, quamuis plures dari possunt inspecta causa petitionis libelli, nec non ipsa petitione aut quasi cõfessoria aut negatoria, aut etiam condictio ex L. vel cõstitutione Imperij, quæ collectas subditorum pmittit, vel demum officium Iudicis, tamen quia allegatus libellus generalis est, ad oẽs collectã[illegible] species sese extendens: Lex autem vel con[illegible]itio imperij aliquas saltẽ includat, puto cõdictionẽ ex lege tanq̃ actori minus profuturã, & angustam nimis dari non debere. Quia etiã officium iudicis desuper implorari posse permittat, tamen rei vindicat. nulla dari potest, cum versemur in iuribus incorporalibus. Restat igitur actio in rẽ cõfessoria vel q̃ quasi pro seruitutib⁹ dari solet, & ea magis placet. Quod autẽ huiusmodi iura incorporalia quasi seruitutum sapiant naturam, refero me ad dd. *in §. jque inst. action. vbi Zas.* Igitur pro illis consequendis confessoria agi potest.

Neq; obstat, quod Reus dicit, actori hanc actionem non competere, cum neget reũ hoc ius collectandi possidere, siquidem id in rei vendicat. & vbi super re corporali agitur, locum sibi vindicat.

Considerata etiam actoris petitione libelli videri posset quod non tãtum petitorium, sed etiam possessorium persequi denuo intendat, dum queritur, se in iure suo impediri & molestari, & petit, dici Reo hoc non licuisse, nec in posterum licere, vt sic d. petitio reijcienda sit.

2 Verum confessoria † in rem non tantum cõtra eum, cuius prędium est & seruit, verum etiam aduersus quemcunq; turbatorem vel impedientem datur. *l. apud Trebatium. §. idem Trebatius. aq. plu. arc. l. si quis diuturno §. agi si seru. vend.* Itaq; hanc petitionem de iure quoq; sustineri posse non ambigo, & actor in duplicis n. 81. petit nach Gestalt des vorgemelten petitorij, vnd der vnziemlichen Verhindernüssen pronunciari.

An probata?

NItitur actor 2 fundamentis. I. Quod à multis retro Cæsaribus priuilegia, concessiones, confirmationes, pro se & suis habeat. II. Quod habeat in d. pagis iurisdict. ciuilem omnimodam, vt in actis; vbi videndum, quid probatum in facto, denique quid iuris.

In facto probatum est, Illustr. & Magnific. domin. inn Dittelbach das Gericht zubesetzen/ Item probatum est eius subditos zu Dittelbach & in dictis 5. pagis soli Illustr. & Magnific. Domin. esse, gelobt/ geschworen/ Vogtbahr/ Richtbar/ Item quod Illustr. & Magn. Dom. fidelitatem iurarint, q̃ ibi iuri stare debeant & teneantur. Item quod Illustr. & Magn. Dom. habeat ein eygen Gericht vnnd Vogt zu Lauterbach/ Item quod Ill. & Magn. Dom. subditi, Reorum bona in d. locis vnter actorem gesessen/vnd gelegen seyn/Item quod in omnib. d. locis Ill. & Magn. Dom. Gütter vnd Vnderthanen habe/ Et quod Illust. & Magn. Dom. Vogt zu Dittelbach gemeltem Herrn in d. quinque pagis gebeut vnnd verbeut/ Item quod Illust. & Magn. Dom. seine Vndersassen zu Dittelbach/ & in d. pagis mit Thür vnnd Nägel beschleust/ Item quod Pfleger auff Illust. & Magn. Dom. bonis jhnen gebotten vnnd verbotten/ Quod Ill. & Magn. Dom. zu Dittelbach vmb Freuel & causas ciuiles verurtheilt/ Item Illustr. & Magn. Dom. habe Kirchen/ Gesatz/ Gericht vnnd mehrertheil der Gütter zu Dittelbach/ & hoc in facto. Modo iuris est, collectam esse munus, partim personale, partim reale, & sic mixtum, q̃ personis imponitur † principaliter cõtemplatione rerum. *Bald. l. prædia. C. fidei com. verbo quare cum collecta. Item l. propter. C. qui bon. ced. poss. Paris. conss. 25. n. 4. vol. 1.* Attento, quod hæc collecta non est perpetua, certa & ordinata, & ideo non ordinaria, nam tum mere patrimonialis esset. *Bald. c. imperialis pace constant. nu. 17.* 3

Et quod munus † extraordinarium sit, tenet idem Paris. quia collectæ istæ non habent certam & limitatam formam, sed cuilibet imponuntur per solidam & liberam ꝓ modo facultatum, & occurrentes necessitates. *gl. l. rescripto. §. f. Muner. Bart. l. 1. Quod cuiusq; vniuers. nomine.* Quamuis non negarit, collectam, quã lex scripta, vel constitutio, vel consuetudo imponit, ordinariam dici, & hanc nostram ex Abscheidt & constitut. Imperij fundari & imponi. *l. 1. C. vac. mun. l. nimis verb. sign l. 1. §. 1. muner. & hon. Alber. in Rubr. Mun. & honor. n. 6.* 4

Quis

5 Quis autem † imponere possit collectas, dictum est à D. Ref. *l. 1. §. quod si. Quod cuiusq; vniuers. nomine.* Et collectare de regalibus esse asserunt Dd. *l. 4. §. actor. re iudic.* Et hi qui habent iurisdictionem collectare possunt. *Alber. l. imperiũ. iurisd. om. iud. Alex. in addit. ad Bart. l. 1. C. super exactor. lib. 11.* Siquidem collecta † actus iurisdict. est. *d. l. rescripto. §. fin. not. d. l. data. C. qui accus. non poss.* vbi potest superior iurisd. habens afficere subditos etiã extra territoriũ, *vt ibi & lege mercatores. vbi Bald. c. commerc. l. 2. C. erranti. Bart. & alij l. cunctos populos. C. summ. trin. & fide Cathol. Frãc. Gemni c. 1. immun. Eccl. li. 6.* licet habeatur aliqs respectus quoad bona accessoria; nam personale tãquam principale respiciend. est. *d. l. f. decret. ab ord. fac.* Et sic bona 7 † supposita alicuius iurisdictioni et si alibi sita sunt, non possunt per alium, quam eum, cuius iurisdictioni supposita sunt, collectari. *c. 1. quæ sint regal. l. si licet. C. noua vectig. inst. non posse.*

8 Adeoq; † collectarum impositio non est de mero imperio, quia in pecuniario commodo consistunt, quod repugnat mero imperio, & quia iure actionis petuntur, & quidem personali. *Bald. d. l. prædia. C. fidei comm. l. de iure ad municip.* Etsi collectæ dicantur mixti imperij, non male dici puto, *Albert. per l. iniquum C. iurisd. om. ind.* Adhæc, quod † actus collectandi 9 sit actus exercendæ iurisdictionis quem nemo imponit, nisi habens iurisd. tenet Paris. *d. cons.* Et facultas talis cõpetit ratione iurisdictionis quam quis habet in loco. *Paris. ibid. n. 56.* At ex actis constat actorẽ in Dittelbach & super bonis in d. pagis sitis omnimodam iurisdict. præter gladij potestatem habere, quam permittit Reo, & sic istud requisitum iurisdictionis scil. ex parte actoris impletum est.

Sequitur videre, quibus collecta imponi possit, & an illi de Dittelbach / & de d. quinq; pagis tales sint, quibus per actorẽ imponi pos-10 sit? Et regulare est, forensibus † vel non subditis collectas imponi non posse. *l. rescripto. §. f. & ibi Bart. muner. & honor. l. in forma. §. 1. cons. l. cum neq. C. incol. lib. 10.* Rationem addunt, quia imponitur personæ pro rebus. Ergo si persona non sit subdita ratione originis vel domicilij, non potest imponi. *Bald. l. non tantum. §. f. excus. tut. Boer. decis. 260. p. 2. n. 11. Alex. cons. 178. n. 4. vol. 6.* Et hinc collectæ, quæ imponuntur personis pro rebus siue bonis sitis in terris collectantium, non possunt imponi forensibus etiã pro rebus vel bonis sitis in terris, & sub iuris-11 dictione collectantium, cum † collectantes non habeant iurisdictionem in personas forẽses. *l. libertus. §. sola. ad municip. Alex. cons. 68. in pr. vol. 2.* Collecta namq; munus est, quod impo-12 nitur personis pro patrimonio, & tale † munus non potest indici, nisi subiectis tãtum, hoc est, ciuibus & incolis. *Schurff. cons. 44. cẽt. 1.* Et hęc 13 est causa, cur Laici † Clericis collectas imponere non possint, cum Clerici Laicis subiecti non sint. *Auth. item l. nulla. de his. C. Ep. & cler.* Hinc etiam fit, quod Colonis imponi non possint. *l. litibus. §. f. C. Agric. & cens. lib. 11. Iacob. de Arena. l. si fructus. sol. matr. Innoc. & dd. c. tua nobis 2. Decim.* Et in † collectarum impositio-14 ne semper inspicitur persona, cui imponitur. *Bartol. l. 1. n. 2. Canno. & tribut. lib. 10.* Adde, quod mun⁹ † dicitur, quod subimus lege vel imperio 15 eius, qui iubendi habet potestatem. *l. munus propriè V. sign.* Actorem autem in dictis locis habere iubendi potestatẽ ex actis ostẽsum est.

Ergo etiam munera potest ijs, tãquam suis subditis, imponere, cum reus ibi nullum prorsus imperium habeat, quam gladium. Vnde consequens, eas nemini † imponi posse, nisi 16 ciuibus & incolis. *Bald. cons. 434. n. 2. vol. 3. l. incola. ex his ad municip. Alber. in rubr. Mun. & hon. n. 27.*

Modo quæritur an illi de Dittelbach & in d. quinq; pagis actoris subditi ciues sint, an incolæ? Et sane, ciues eos dici posse putarim, cum quod in actoris bonis habitẽt, tum quod eius mandatis pareant, & iurisdict. omnem recognoscant.

Non obstat, quod in ciuitate non habitent, aut muris non concludantur; siquidem ciui-17 um † nomine veniunt, non tantum ij, qui sunt de ciuitate, sed etiã qui sunt de diœcesi & comitatu alicuius. *DD. in rubr. solut. matr. Bartol. l. 3. C. Natur. lib.* qui dicit *per l. 1. ad municipi.* quod ille, qui ex vico est, sortitur † originem 18 ex ipsa ciuitate, cui subest vicus, & qui † in vi-19 co aut villa sunt nati, dicuntur ciues eius ciuitatis, cui tributum soluunt. *Auth. quibus modis nat. eff. sui. §. si quis igitur. Fel. c. Rudolphus rescript. n. 9. text. expressus. l. qui ex vico ortus ad municip.* Atq; cum Illust. & Magnif. domini hic ciuitatem repræsentent, magis est, vt & ij, qui in ijs locis nati sunt, & domicilium habeant, illis subiecti, & ciues originarij videri possint. Ideoq; ad munera obligentur. Subditus 20 † enim is proprie dicitur, qui sortitur forũ ratione domicilij. *gl. clem. 1. for. comp. vers. subditus. Boss. cum læsa Maiest. n. 95.* Iam vero, quia subditi illi sub actoris foro & iurisdictione cõprehenduntur, necesse est, vt sub eius domicilio concludantur. Subditi † namq; præsumun-21 tur, qui mandatis alicuius parent, & faciunt, q̃ subditi solẽt. *Innoc. c. olim. 2. vers.* Item qui paret mandatis Rest. Spol. item qui soluit censũ vel pensionem. *c. 1. & c. quanto censibus. c. recipimus priuileg.* Quod si quis eos ciues, & quidẽ originarios, non recte dici posse arbitretur; saltem pro districtualibus † habendi sunt, cum 22 districtus ꝑprie sit dominium vel transitoriũ, 23 accedẽs ciuitati in subiectionem, vltra fines simul cũ ciuitate statutos, inter quos quicqd est, vocatur territorium. *l. pupillus §. territorium. V. sig.* & comitatus *secũdum Bald. l. 1. §. cum vrbe off. præf.*

præf. vrb. Quicquid autem de nouo sibi accedit, nisi cõcedatur sub nomine comitatus, dicitur districtus. *Cyn. & Bald. l. etiam. C. de iu. dot. Franc met. cons 75 nu. 4.*

Quoad territorium, an actoris vel rei sit. Cõstat quidẽ ex actis, bona & subditos Illustr. & magnif. dd. in Rei Pfleg sita esse, sed non 24 in eius territorio, cum omne † territorium iurisdictione munitum sit. *Bald. rubr. quæ sint regal* Reus autem nullam iurisd. quam actor ibi habet proponendam, puto Et quicquid territorio additur, eodem iure cẽsetur, quo ipsum territorium. Modo constat ex priuilegijs, daß Gericht zu Dittelbach/ itẽ bona ordinis & immunitatem illorũ in d. quinq; pagis ordini & eius territorio ex speciali cõfessione accessisse. Ergo merito idem ius & iurisdictio habere debet. *not. l. etiam & ibi Bald. c. iu. dot.*

Non obstat, quod dicitur absurdum fore, si actor tot territoria specialia habiturus sit. Nam 25 territoriũ etiã potest dici † iurisdictio in paucos, & quidem singulares personas. *Ioan. And. c. cum contingat. foro comp. Alex. d §. territorium.* Itaque non mirum videri debet, si actor, qui ibidẽ ius terrendi habet, & iurisdict. territorium quoq; quoad suas personas, & subditos, & ista bona propria habere dicatur, cũ sit Princeps imperij, & ab eodem sua regalia acceperit: iurisdictio vero quoad situm & locum territorio cohæreat. *Alex. l. 1 n. 32. & ibi eleg. a post. iurisd. om. iud.*

Moueor quoq; non parum hoc argumento actoris, ꝙ ipse non sicut alij principes Imperij suos certos districtus, Fürstenthumb & territoria coniunctim & cõtinenter in vno eodemq; loco, sed seorsim, diuisim & separatim hinc inde in Imperio sub aliorum principum & statuum Imperij dominio & territorijs habeat. Vnde si singuli Illust. & magn. dominorum subditos, ad suã iurisdict. trahere aut collectare vellent, certe nil aut parum reliquum ipsis foret, & sic onera Imperij sustinere non posset. Quare cõcludo, actorem primum principale argumentum, quod scilicet iurisdict. omnimodam illic habeat, sufficienter probasse.

Quoad alterum fundamentum, priuilegia scilicet cum ipsis vigore illorum, exemptio quoad bona & personas suas, contra quemcũque concessa sit, nec illos quisquam collectare posset, quoniam etiam in specie præfecto im Stiren & eius officialibus mandatur, ne eos turbent aut molestẽt, necessario sequitur, Reo hoc facere non licuisse, sed magis actori, vti Principi Imperij, sua habenti regalia, Imperio hoc ius cõpetere, maxime in suis bonis & subditis, cum hic sit duplex vinculum actoris & personæ, sine dubio illis suppositæ sint. Collectæ autem, vt supra d. est, principaliter personę propter res intuitu personarum indicantur, adeoque etiamsi bona ad reum spectarent, tamen muneris personalis pars, tanquam præciosior trahit ad se partem muneris realis, tanquam partem minus preciosam. Concludit itaq; actoris intentionem tam per probationes testium, quam priuilegia sufficienter probatam esse.

An Elisa?

Obijcit Reus, quod in d. locis ius maleficij habet, item hohe fürstliche glaitliche Obrigkeit. Quod ad ius gladij probatum est, reum id habere confessione partium, & per priuilegia reliqua iura probata non sunt. Cæterum quia ius collectandi speciale quiddam est, quod sine iure gladij, etiam ei qui mixtam iurisd. habet competere possit; separatorũ autẽ separata † sit ratio, nõ sequit necessario & cõ- 26 cluditur, quod ideo reus hoc ius quoq; habeat, cum vtrunq; seorsim stare possit.

Non obstat, quod illi subditi videantur Reo quoque subditi esse, quoad ius gladij. Nam iurati non sunt hoc nomine Reo, & in proposito iurisdictionem nullam prorsus habet, sed etiam in quemcunque forensem facinerosum ius illud suum exercere & collectare illum nõ potest. Neque enim subditus esse quis † dici 27 potest, quando naturaliter non est subditus, licet ratione alicuius accidentis sit subditus. *Curt. sen. cons. 20. num. 9.* Insuper priuilegium Friderici, nihil aliud sibi reseruat, quam ius gladij, atque inclusio † vnius est exclusio alterius. *Alex. cons. 75. vol. 5.* Igitur reliqua omnia actori concedere voluisse præsumitur, Bertach. verbo collecta, quod imponi non possit, ab eo qui habet in loco merum Imperium. *Bart. l. 1 C. excus. mun. lib. 10. nu 5.*

Reliqua, quæ de præscriptione dicuntur, nil ad rem faciunt, quãdo in solutione & † im- 29 positione collectarũ nulla currit præscriptio. *l. comparet. C. præscr. 30. ann. Bart. l. nullus. C. de cur. lib 10.* Abschiedt Imperij nihil pertinet ad caussam præsentem, quia nihil aliud disponit, quam quod iuris communis est, nempe ciuem aut incolam debere de omnibus suis bonis etiam extra territorium sitis contribuere in ciuitate aut incolatu, sub quo habitat. Idque iuris est in hisce collectis, quæ imponuntur personis pro rebus. An autem hi subditi sint ciues aut incolæ actoris vel Rei non decidunt. Quare omittit & concludit actionem non elisam, sed iuxta actoris petitionem pronunciandum esse. Compensatis expensis, propter dubietatem caussæ. Quoad attentata similiter pronũciat pro actore. Compensatis expensis.

Votum Tertium.

De iurisd. & nullitatibus idem, ꝙ D. Referẽtes. De act. videtur actorẽ cõtendere, se habere in locis litigiosis oẽm iurisdictionẽ, excepto

cepto maleficio, quod fatetur Reo cōpetere. Quare tanquam Principi Imperij habenti regalia sibi liceat subditos collectare, subiectionem iurisd. cum dominis concludit. Ad reum, quod attinet, & ille contendit, cum habeat merum Imperium, omnia maleficia, non solū ius gladij, sed & alias iurisdict. & meri imperij species, alß die grosse Freuel vnnd Buess / Elen vnnd Maß Gerechtigkeit / Id quod sufficienter probatur. Quod autem tales iurisd. subiectionis probari debeant, & quando bona dicuntur esse subiecta iurisdict. alterius, & maxime propter onera subeunda, refert se ad ea, quæ ad longum deducit Mantellus de alba. *cons. 34. 62. 63. & 64.* & sic penes diuersas personas esse possunt. In præsenti casu quæritur, an ius collectandi, quod aut ex concessione priuilegio speciali, aut cōsuetudine principis vel magistratui competere constat, in actis vtrinque deductum sit. Hic nec per actorem, nec per reum de possessione iuris collectandi quicquā probatum est.

Quare coniecturis & præsumptionibus certandum, vtrum in petitorio magis ad reum, qui merum imperium habet, an vero ad actorem, qui mixtum habeat, videatur pertinere: stat igitur in præmissis Ref. hoc ius collectandi plane esse ordinarium. Sunt enim ordinaria 30 † munera, quæ à principe imponuntur vel à lege. *l. 1. C. de his quæ à prin. vacat. lib. 10.* Et ideo, quæ imponuntur à lege municipali in ciuitate dicuntur munus ordinariū. Idem in his, quæ imponuntur à Papa Clericis, *ita Petr. de vbald. tr. collectarum.* Et multum interest, qualiter munera illa indicantur, Aut enim prout Refer. munera patrimonialia, aut personalia sunt, si personalia, dic quod in duobus locis, sc. domicilij & originis imponi possunt. Sed quid 31 si vtroque loco? Quæstio, cui † primo debeat stare vel parere? Dic, quod præferatur ciuitas 32 † originis, quia potior est. *per alleg. LL. per D. Ref.* Et præd. intellige secundum originem pa-33 ternam vel maternam. Locus autem † originis collectam tantum imponere potest in bonis sitis in territorio originis, non locus incolat⁹. *Bart. d. l. assumptio. §. filius ad municip.* Et hoc verum, quando loca volunt imponere collectam: secus si edicto principis vtriusq; loci imponeretur, nam tunc attenditur locus incolatus etiam pro bonis originis. *Soc. cons. 129. Boss. 34 tr. crim. sub t. princ. priuil.* Et quis collectæ † imponendæ sit locus & modus plene probat. *Alc. cons. 251.* Et collecta non imponitur ratione iurisdictionis, sed eiusdem potestatis, quæ habetur in bonis territorij. *Bartol. l omnes populi iust. & iur.* Et munus dicitur patrimoniale dupliciter vno modo, quod indicitur rebus. Alio modo quod personæ. Quotiescunque autem inducitur personæ pro rebus, tunc attenditur domicilij locus, & ibi potest collecta imponi, licet ibi non fuerit territorium, alias domicilium, & sic imponitur personæ prout hoc propter res, dubium non est, attendi debere locum domicilij, & personam tanquam principalem, & vbi persona est, & habet domicilium ibi collectatur, quia ibi præsumitur esse. Et licet collecta † non possit imponi fo- 35 rensi ex hoc solo, quod possideat bona in territorio collectantium, nisi contraria stet consuetudo. *l libertus. §. sola ad municip.* tamen cōsuetudine & statuto induci potest, vt ratione rerum forenses etiam teneantur, *prout Bald. l. vn. C. sent. quæ pro eo. Alex. cons. 87. lib. 2. & cons. 52. lib. 1.* Quia licet obligatio respicit personam, tamen causa finalis est ipsa res, & ideo cum res sint suppositæ iurisd. statuentium, dubium non est, quod possint statuere vt forenses ratione rerum collectentur. *Natta cons. 138. lib. 1.*

Licet autem hic actor plene probarit, excepto maleficio, se omnem iurisd. in suos subditos in d. pagis habere, nec dubium sit, etiam ex productis priuilegijs & cōcessionibus Imp. illum principem esse, regalia habere, & per consequens ius quoq; collectandi vt suos, cōcessum esse p tot. recessus imperij emanatos.

Quare concludendum cum Corref. si nullam iurisd. Reus in actoris subditos haberet, quia tamen ex actis constat, reum non solum ius gladij sed etiam andere hohe Freuel zu Ditelbach & in reliquis pagis auff freyen Gassen vnnd Strassen habere.

Stante igitur præsupposito collectam non imponi ratione iurisd. sed cuiusdam potestatis, quæ habetur in subditos, dubitari potest an potius pro Reo, an actore pronunciandum; Cū locus originis & incolatus videatur plene per Reum probatus, & quia gloriatur Reus in actis, so die Pflege zu Stiren sub qua litigiosi pagi siti sunt, ab imperio habere. Idq; p priuilegia actoris probatum cōstat, nempe concessione Ludouici des Gerichts zu Dittelbach / vbi Imperator videtur sibi omnia regalia seruasse expresse in d. pagis, præsertim cum collectare subditos sit species regalium. Vt tamen factum clarius appareat, & in iudicando tutiores esse possimus, pro suo voto rescinderet conclusionem, & Reo iniungeret, wolte Reus beweisen vnd darthun / welcher Massen vnd mit was Condition er die Pflege zu Stiern vom Reich zu Lehen empfienge / auch ob jhme des Actoris in der Pflege gesessene Vnterthanen / mit Andes Pflicht verwandt vnnd zugethan / daß solches gehört werden / vnnd darauff ergehen soll was Recht ist. Sin autem existiment Domini definitiue pronunciandum, & in dubio facto, vbi præsumptionibus certandum est, ex ipso ex multis rationibus, quæ ex priuilegijs actori concessis, iuxta vulg. reg. concessiones principum late & longe intelligendas esse, pro

actore, quam reo pronunciaret. Compensatis expensis.

Votum Quartum.

QVoad actionẽ cum D. Ref. ad decisionẽ caussæ non disputat differentias munerum. Sed hic munus esse credit, quod personis principaliter pro rebus imponitur, idq; collectam seu Stewer dici putat. Hãc dupliciter recessus considerare. I. Quoad publ. Imperij collectas. II. Ad eas, quæ ex alijs necessitatibus per inferiores à principe imponitur.

Quod igitur ad Imperij & publicas collectas, eas à Reo subditis actoris imponi posse cõcludit, tum quod in territorio ipsius domicilium habeant, & ita ratione incolatus rei etiam subditi sunt ad hoc, vt collectari possint, tum etiam quod recessus Imperij hoc permittant, cum potius præcipiant, daß ein jeder an dem Ort / da er gesessen ꝛc. & ita considerat domicilium tantum, vel habitationem solum, atque ideo aliæ qualitates, quod scilicet alterius quoque cuiuscunque Domini sint subditi, vel originarij, hoc casu non sint attendendæ vt *Bartol. decidit. l. prouinciales. V. sign. Imol. rubr. sol. matr. Dec. cons. 358.* Recessus de Anno 1500. ibi doch ein jeder nit mehr / denn ahn dem Ende / da er gesessen / sic ergo argumentum actoris, quod de suis subditis protulit, per recessus hos est sublatum. Non potest etiam hoc casu priuilegijs suis iuuari, quia ijs expresse per Reichs Abscheidt est derogatũ, præcipue autem Anno 42. Imo in tali casu, quo nos sumus nullum priuilegium valeret. *Oldr. cons. 104. l. alias. 204.* Sic ergo cum actor hoc casu de suo titulo consuetudine, scilicet, contraria, peculiari aliquo priuilegio non probauit, non dubitat quin pro Reo in hac parte sit pronunciandum.

Quoad aliam partem collectarum, quæ ab inferioribus à principe imponuntur, si talis casus contingeret, non dubitat, quin Reus etiam ex deductis & ex iure communi actori esset præferendus, sed tamen eo casu priuilegia plus forte valere contra reum possent, ideoque in sententia, cum Ref. hoc ius illi immunitatis reseruaret, aut mallet simpliciter absoluere ab instituta actione, adiecta tamen verbo aliquo, per quod daretur intelligi, daß Reo allein im gemeinen Reich Anlagen subditos zu collectiren gebühre. Et hoc ea ratione, ne per reseruationem partibus nouam caussam litigandi præbeamus, & actori casu, quo priuilegia sua læderentur, legitima via sit consultum. Expensis allenthalben compensatis.

Votum Quintum.

DE actione. Cum Dominis sit hic quæstio, *an ius collectandi competat ratione meri an mixti Imperij, & iurisd.* Et in confesso est, actorem habere omnimodam iurisd. excepta sola atque nuda gladij potestate in articulatis pagis in subditos suos & bona. Atque iuris, quemlibet habentem regalia, subditos suos collectare posse. Et cum collectæ personis intuitu rerum & patrimonij imponantur à Domino, hoc est, iurisdictionem & imperium habente, non potest hoc intelligi vllo pacto de Imperio & potestate gladij tantum, quod nullum est in personas intuitu rerum seu bonorum, sed tantum ratione delicti. Ergo deficiente caussa iurisdictionis, cessabit in hac parte subiectio & per consequens collectatio. Et hoc eo amplius, quod in priuilegio Lodou. expresse dictum est, vt etiam tali casu, qua ratione delicti, ius & iurisdictio in d. bona aliqua ratione haberi possit, id quoque remissiuum esse debeat, ita vt nullam prorsus in bonis & subditis Illustr. & Magnif. Dom. Stirensis habeat iurisdictionem. Et hanc mentem Lodouici fuisse putat, quod scilicet plane voluerit liberalitatem suam erga ordinem exercere. Concedit, quod concessiones principum contra concedentes † late interpretandæ sint. *Paris. cons. 4. num. 22.* At hic Imperator super bonis proprijs constituit. 36

Præterea cum actor princeps imperij sit, habens regalia, sequitur de iure ex recessibus Imperij, eum in suos subditos & incolas ius collectandi habere. Concludit igitur cum Corref. actorem in d. locis per confessionem Rei, actorisque priuilegia, subiectionem, vti ea ex LL. à D. Corref. deducta est, in litigiosis pagis probasse. Quare secundum eum cum D. Corref. pronunciandum putat. Compensatis expensis.

Votum Sextum.

QVæritur potissimum & principaliter in nostro casu, cui inter duos, quorum quilibet habet sua regalia ab imperio, subditos litigiosos liceat collectare. Quod ad elisionem, pluribus modis alter potest dici alterius subditus, Et inprimis pro Reo facit, quod habens † iurisd. altam, potest dicere homines suos esse, & ita quoque ipsos tollerare *Chas. t. de inst. & de toll. §. 4. in fine*, vbi nihil allegat. Tamen in nostro casu, vbi certus est dominus, & penes quem omnimoda Iurisdict. est expressa, hæc nihil vel parum facere videntur, cum de actoris regalibus non tantum, verum etiam de illius priuilegijs constet. 37

Nunc ad ꝓpositum cõcludit, collectã esse † munus mixtũ, secundũ cõmuniter DD. & Luc. de pẽna *l. immunitatẽ circ. f c. nõ num. pec. & l. C. quibus mun. nem. hic lib. 10.* Iã collecta nõ potest indici, nisi † incolis illius loci, vel habẽtibus ibi forum. Quando enim collecta imponitur personis pro rebus, oportet ꝙ personę sint subditæ. *Castr. cõs. 386. n. 1. lib. 1.* quia ita intelligit. *l. rescripto.* 38 39

scripto §. f. & l. muner. §. mixta & §. ꝑterea, & ꝙ ibi dicitur per argumentum à speciali §. *Muner. & hon.* Possessoribus enim non habentibus ibi forum, non indicuntur quia non sunt de populo illo. Ita etiã sentit Corn. *cõs. 205. n. 4. vol. 1.* Et præsupposito, quod dominus non sit obligatus † ad collectas, sequitur nec Emphyteutã esse obligatũ. Is n. obligatur ratione personæ domini, & nõ aliter. Regula autẽ illa ꝙ possidens habens ius in re, & ꝑcipiens fructus, teneatur ad collectas, intelligitur, modo bona & persona directi domini ipsorũ bonorum sint supposita iurisdictioni collectantis, & in hoc debet inspici causa & persona magis digna. *c. quod in dubijs consecrat. Eccles.* Et idem iudiciũ facimus de re cohærẽti rei Ecclesiasticæ, quod de re Emphyteutica. *l. qui religiosis. & ibi Bald. R. vend. c. quanto indic. & ibi Abb. Ita hoc late deducit Pet. de Vbald. tr. collectar. cent. 2. num. 8. & seq.* Concludit igitur pronunciandum cum D. Correferente.

Votum VII.

DE nullitate cum Dñ. Refer. Quod ad genus actionis. Petr⁹ Antibolus tr. *de Muner. & restat. nunc videre* tractat h. quæstionẽ quod soli principi † collectare licet. *l. 1. C. nulli licere. Paris. cons. 25. nu. 1. lib. 1.* ait esse de reseruatis supremo principi in signum superioritatis. *Alb. Bald. & Affl. c. 1. n. 21. 24. & seq.* Quod nullus Iudex possit collectare, casus est *in l. placet, excus. mun.* distinguit, quia aut q̃ris de collecta vniuersali, & dicit nullus eam potest indicere nisi solus princeps, aut vult aliquis collectam facere singularem seu particularem, & tunc, aut quæris de officialibus, aut de consulibus, aut de defensoribus ciuitatum. Primo casu volo facere collecta in publicum fiscum, & dicit, quod non possunt etiam præfecti qui sunt maiores *d. l. 1. C. super indict.* aut volunt ordinare collectam non ad commodum fisco applicandum, sed propter emergentem de nouo necessitatem, & tum si sit negotium totius prouinciæ, tunc præfectus illius loci potest ordinare, sed principi habet referre, sic dicit intelligi *d. l. placet C. excus. mun.* Aut est negotium tangens iurisd. magistratus, & tunc potest ad eam conseruandam collectisare, vt sic ait se intelligere *l. in muneribus C. excus. mũ. lib. 10.* Et huius est ratio. Nam licet ius sit regale, tamen ex quo officium sit concessum, ad eundem modum talia regalia videntur concessa. *arg. l. 2. Iurisd. om. iud.* Et de hoc est lex specialis in ratione. Nam armorum vsus est regale, & tamen necessitate officij & administrationis inferioribus committitur, Idem Antibolus *d. §. n. 4.*

Modo non dubito, Reos esse præfectos in NN. hoc patet per testes & confessionem partis, secundo quia Rei habent illam præfecturam in feudum ab Imp. Præterea Steuwer vel ius steurandi, de quo lis est, tangere vnam magnam prouinciam, & esse vniuersale, quod ius soli principi ad indicendum competit. Ergo Reus eam steuram vel ius steurandi habet in d. præfectura ordinari & principi referre. Argumento etiam est à simili, quod Reus habeat collectare subditos pro administranda & conseruanda iustitia in criminal. vt per testes dicitur & per actorem non negatur.

Non moueor argumentis, quæ ex distinctione munerum realium & personalium, similiter de mero & mixto imperio sumuntur. Nã collectæ sunt, quales tamen sint de iure seruatis principis & alias nullius, quam qui ius illud lege, vel priuilegio, vel consuetudine acquisiuit. Nec actor vno eiusmodi modo acquisiuit.

Non enim lege, quia quoad collectand. non sunt, sed forte quoad iurisdictionem, subditi eius. Ita subiectionem hoc in loco intelligendo, vt D. Ref. accepit. Nec ex priuilegio, quia quæ sunt producta priuilegia, nimis sunt generalia, per quæ reseruata summo principi nõ sunt translata in agentem. *Affl. c. vn. num. 10. & 15. quæ sint. reg. & in §. vectigalia vsib. feud.*

Cum nec causa exprimatur. Neque etiam ex consuetudine, qui in possessorio succubuit, nec etiam allegat, multo minus probat consuetudinem.

Non moueor, quod dicitur non habere territorium, sed tantum Pfleg & ius gladij, Ergo. Mihi non videt̃ ex significatione Pfleg & iure gladij vnnd Sachen die an das Leben gehen / quæ verba latissime intelligo, nõ solum ad maleficiũ, sed alias multas causas, magis designare & significare territorium, quam simplicem iurisdictionẽ cum præfectus sit † maior, quam Comes & defensor ciuitatis, *vt d. Antibolus n. 5.* Imo præfectura & merum Imperium nunquam est sine territorio, vt substantia sine qualitate, sed bene Iurisdictio potest esse sine territorio, quia consistit in persona, *DD. & præcipue Zas. l. 1. iurisd. om. indic.* Actor potest forte in alijs locis, vt princeps Imperij, habere minus dubia territoria, vbi & ius ordinandi collectas, vnde principatum sustentet, quemadmodum hactenus sine acquisitione huius Steuwer fecit. Repetit ergo, quæ D. Ref. & concludit actionem non probatam, & per omnia cum D. Refer.

Votum VIII.

QVoad actionem, vtrum confessoriam an condictitiam ex lege accipiamus, non multum ad rem pertinere putat. Et natura sui & rerum, quæ petuntur, confessoria magis placet. Verum non est expeditum nisi appareat, pro quo iure hæc actio instituta sit, sine

sine quo tamen nec certi quicquam, nec iuste iudicando proferre possum. Omnes enim, vt hactenus diximus, definiendo & dimittendo eo delapsi sumus, vt non aliud ius petitum statuerimus, quam speciem illius muneris vnicam, quæ municipalibus & incolis indicitur, nec eam totam, sed quæ contractim à quibusdam extraordinaria collecta dicitur. Icti collationem ex improuiso vocant proprie indictum super indictum, sed subalterna, quæ alias species iterum sub se contineat, vel si ita placet, non vniusmodi est, sed diuersis modis distinguitur & cognoscitur. Ex quib⁹ tres quæstiones putat esse posse. 1. *An omne ius cuiuscunq; indictionis vel collectionis actori competat.* 2. *An collecta.* 3. *An actor in imperij* anschlagen/*in d. locis & subditis* zu steweren/ *& collectandi potestatem habeat.*

Duæ priores eandem fere tractationem habent, tertia ab his nonnihil diuersa.

Ego quoad 1. & 2. quæstionem nullum argumentum inuenio in art. actoris, quod ius indicendi vel collectandi necessario inferret. Argumenta enim illa à subiectione, fidelitate, iurisdictione, à legis ratione, à priuilegio immunitatis, ad ius collectandi nulla lege aut autoritate comprobata à quoquam adhuc video.

Nam, quod ex Alber. Parisio & alijs de iurisd. allatum est, non eam rationem & intellectum habet, quod concessa iurisd. ius etiam collectandi consequatur. Verum hoc regulariter non concedi sine iurisdictione.

Nisi enim quis habeat, collectare non potest. Itaque probata collectione, certe iurisdictio infertur, sed non contra. Quare etiam actus iurisdictionis dicitur, ex iurisdictione *dd. in locis alleg.* Posse enim iurisd. sine iure collectandi esse, nihil est manifestius, quod & vsus regionum docere potest. De legislatione nulla autoritas producta est. Et merito. Nam non potest de alia hic intelligi, quam quæ iurisdictionis consequens est, *per ea quæ tractantur ad l. omnes populi inst. & iure. & l. cui consequens iurisd. om. iud.* Immunitatis etiam priuilegium manifeste contrarium inducit. Quorsum enim immunitatem pro suis imponet, si nemo zu stewren eos ius habeat. *placuit D. Ref. latius Mandellus de Alba consi.34.n.5.*

Argumentum subiectionis, in quo multum occupatus, non videtur in hoc loco adeo necessarium esse; nam de ea non ante quæri debet, quam vbi constiterit actori ius collectandi competere.

Frustra enim inquisitio initur, qui collectari possint, nisi sint, qui collectandi potestatem habeant, quia tantum causam adiuuat, & alibi examinandum venit, dicitque, quid sibi de hac subiectione & iure collectandi necessario esse videatur. Omnes hos rusticos, de quibus est controuersia, hos inquam, quantum ex actis intelligi potest, iudicat originarios & adscriptitios Colonos esse. In his hoc ius sumatur, quod dominus vnà cũ fundo tenetur, eos in censum publicum referre, sicut partem patrimonij, & inde maiorem censum soluere. Sunt enim pars fundi, cui adscripti sunt, & à quo separari non possunt. *l. omnes C. agric. & cons. lib. 10. l. Coloni censibus. C. in quibus causis Col. dominus accus. lib. 10. l. si quis inquilinus in pr. l. 1.* Et quemadmodum fundus domino censitus, ita huiusmodi Coloni debent simul & in eodem loco, in quo fundus, cui adhærent, censeri. Vnde hic nulla tributa debentur fisco. *d. l. Coloni censibus. l. vn. collat. lib. 11.* Vnde etiam Censititij dicuntur ad differentiam Colonorum siue rusticorum liberorum, qui etiamsi palmam terræ ratione proprio possideant, tenentur censum pro rata subire, non enim sunt in alieno, sed in proprio censu. *l. hi penes. §. sane Cod. agric. & cens. lib. 11.*

Cætera, quæ huc pertinent in Carolo Molinæo videri possunt, ex quo desumpta sc. in comment. *in consuet. Paris. t. 2. fol. 5. pag. 1. p. 2.* Hinc intelligi potest, quam friuolum sit hoc argumentum subiectionis, & ipsa ratio docet, etiamsi liberi Coloni essent, quod absurdum sit, vt quis suos Colonos in bonis suis proprijs (de his enim tantũ cõtendit) collectare velit, cum tamen ex forma census, & ex Abschiedt/ de quo postea latius, & ipsa bona, & istos Colonos, suo nomine prouidere debeat. *l. forma. §. si quis inquilinum censibus.* Dicit igitur nond. sibi constare ex omnibus allegatis & probatis, quod actor potestatem habeat steurandi vel collectandi. Imo existimat, quod nullum allegatum & probatum hoc ius inferri possit.

Non enim iurisdictio, non subiectio, non immunitas, sed lex, consuetudo, Imperium hoc ius tribuunt & demonstrant. Lex hic nulla est, nulla etiam consuetudo est, & imperiũ nullum. Imperium hic intelligit, quale hic imperium accipitur, nempe Cæsaris & Regis, vel qui idem imperium pro toto in aliquo loco, vel pro parte à Cæsare vel rege acceperit. Soli enim hic in omnibus iubendi habent potestatem, & alij tantam, quantam ab ipsis ex indulgentia ipsorum impetrarint. Sic nullus princeps imperij vllum habet regale, nisi quantum ipsi à Cæsare concissum & indultum fuit, & in ijs speciebus tantum habet, quę manifeste in inuestitura expressa sunt. In hoc casu versantur duo elegantiss. consilia. Paris. *25. t. 1. d. Mandelli 62.* Hoc vnum addit, non posse ab vno regali concesso & probato, alterum inferri. Omne † enim priuilegiũ in sua forma tantũ seruari debet, & nõ vltra extendi. 43 *c. porro & ibi gl. c. recipimus priuil. c. cũ adeo & ibi gl. rescript. l. 1. off. pf. vrb.* Verum qdem est, ꝙ benefi-

neficium principis latiss. interpretari debeamus. Sed id ita intelligendum: vbi præcipitur, vbi æquitas, verba vel ratio priuilegij eã extensionem permittunt, & inducunt, & in quo incommodum alterius non sentitur. *l. digna vox cõst. princ. & ibi dd.* Secus est si separatum differens, vel diuersum à priuilegio absit, hoc per aliud separatum inferre volumus. *l. f. C. colum. l. natales. C. probat.* à separatis, & à ratione legis stricta. Verum etiam hoc dubium soluit Zas. *de feud. SS. vbi inquit.* In generalis concessione siue meri & mixti Imperij non veniunt sæpe regalia.

Quæ cum ita sint, quæ ad duas priores quæstiones, concludit actori in locis & subditis controuersis, nullum ius competere zu stewren vnnd collectiren. Itaque si hæc quæstio sola litigatur, putaret Reum à petitione actoris absolui. Quoniam autem & Reus idem sibi ius vindicat, quod actor forte, etiam propter attentata, necesse est, vt de eius iure etiam videamus.

Quæstiones easdem facit, quas in actore, mutata tantum persona. Ad easdem idem respondet, quod in actore, scilicet, nullum argumentum inueniri in omnibus articulis rei, quod ius indicendi vel collectandi necessario inferat. Nec multo firmius est, ꝙ in probatione Maioris pro reo affertur, scilicet quod præfecturam prætensam in feudũ Imperij habeat. Ergo ius collectandi. Nec tamen vlla lege vel autoritate probatur, quod per feudum habeat quoq; ius collectandi: nec sane probari potest. Nam † feudi substantia in sola fidelitate, quæ est forma eius substantialis, subsistit: cætera vero à pactis & inuestitura dependent. *Molin. qui & alios allegat in consuet. Paris. t. 1. num. 53. p. 1.* Atque ita eum, qui feudum habet, fidelitatem debere, recte inferri potest in alijs argumentis à mero Imperio, à subiectione, à territorio. Refert se ad ea, quæ supra dixit. Proinde quoad duas quęstiones priores, similiter cõcludit, Reo in locis & subditis controuersis zu stewren vnnd collectiren / ius non competere. Itaque si attentata super hoc iure fundata sunt, putaret Reum condemnari posse, si praxis & stylus permitterent.

44

Venit nunc ad eam quæstionem, quæ ibi tractata fuit, quæ consideratioñe habet à prioribus diuersam, & ex diuersitate der Abscheide de anno 42. Non agitur hic de iure alterius partis, de quo controuersia esse nequit. Vniuersalis enim est hæc collectio, nõ perturbantis commodum respicit, nõ alterius partis, vel iurisdictionis, sed totius Imperij, neque illa hîc disputatio incidit, vtrius collectandi, quatenus regale est per se competat, sed vtri tanquam domino in tali loco quasi munus.

DEC. I. VOTVM VII.

In Caussa Senatus der Statt Oberburg/

Contra

Hanß Reinstein.

Citationis ad videndum se incidisse: Itinerum reficiendorum.

SVMMARIA.

1. *Omnes conferre debent in aggeribus publicis reparandis, vallis faciendis, muris faciendis & exstruendis, & reparandis vijs, oneribus & põtibus, pro numero iugerum & capitum, & nolentes compellendi sunt.*
2. *Nec cõtra ea onera vlla priuilegia præstãt vacationem.*
3. *Quin nec ab ijs Pontifex aut Imperator immunis est.*
4. *Præstationes operarum sunt personales seruitutes.*
5. *Opera & ministerium seruorum personis cohærent.*
6. *Fructus hominis in operis consistit.*
7. *Operæ non possunt iniungi personis non subditis.*
8. *Mandare & imponere operas est species iurisdictionis.*
9. *Legem non subditis imponere nemo potest.*
10. *Summus princeps potest alicui dominium rei suæ ex caussa publicæ vtilitatis auferre.*
11. *Clausulæ de plenitudine potestatis ex certa scientia, motu proprio & propter bene merita, coniunctæ excludunt omnem ignorantiam, errorem aut subreptionis vitium.*
12. *De potestate Imperatoris vbi constat, sacrilegium est de ea amplius disputare velle.*
13. *Res qualibet præsumitur libera, nisi contrarium probetur.*
14. *Sententia conformis debet esse libello. Limitatur num. 18. & 19. & 20. & 22.*
15. *Sententia sine litis contestatione non valet.*
16. *Iudex condemnans in alio, quam petitum est, fatuus est.*

17 Qua-

17 *Qualitas actionis colligitur & demonstratur ex medio concludendi.*

19 *Iudicis officium est iudices dirimere.*

20 *Princeps potest ferre sententiam etiam super non petitis.*

21 *Consistoriū Principis de plano & simplici sola veritate inspecta procedit.*

IN NOMINE Domini. Amen.

DE Actione vt Ref. Actum conditione ex priuilegio Frider.& Maxim. Impp.

An probata?

Quoad ius reficiendi viam publicam, scilicet, graben Geldt / actores non solum priuilegia, sed etiam ius commune pro se habent. In 1 † aggeribus enim publicis reparandis, in vallis ciuitatum faciendis, muris reficiendis, nouis extruendis, & ad reparationem viarum, itinerum & pontium, omnes conferre debent pro numero iugerum, vel capitum, & nolentes compellendi sunt. *l. per Bithyniam. C. immun. nem. conced. lib. 10. & ibi gl. verbo huiusmodi text. eleg. l. obsit. C. priuil. dom. Augustæ lib. 11. & l. ad portus cum l. seq. & l. omnes. 2. C. oper. publ. Anchor. cons. 36. per tot.* & quia huiusmodi onera patrimonijs indicuntur, sola bonorū 2 ratione, nulla † priuilegia præstant vacationē, 3 *l. his honoribus. C. vacat. nun.* adeo † vt nec ipse quidem Pōtifex aut Imperator immunes sint. *d. l. per Bithyniam. d. l. ad partus. d. l. absit.* Quoad reficiendi repagula ahn Hage vnnd Schlege zugehen. Cum actorum subditi non sint, licet intra eorum fines vnnd Landtwehr domicilium habeant, tamen ad huiusmodi operarum ministerium & præstationes ex iure communi ipsos non teneri crediderim.

4 Operarum † enim præstationes sunt personales seruitutes. *gl l. si is qui binas. vsufr.* Et quemadmodum vsusfr. personæ cohæret, ita 5 quoque opera & † ministerium seruorum. *l. in. vsufr. oper. seru.* Fructus enim hominis 6 † in operis consistit. *l. fructus. d. c. facit. t. t. oper. libert.*

Cum igitur personæ, à quibus postulantur huiusmodi operæ, actoribus subditæ † 7 non sint, sed Reo immediate, non possunt 8 etiam aliquid operarū ipsis iniungere, quia † mandare & imponere operas, est species iurisdictionis. *Bald. cons. 468. in po. vol. 1. Zas. l. 3. num. 29. acquir. poss. Innoc. c. olim. 2. num. 2. rest. spol.* At in confesso est, quod actorum subditi non sunt, quia ipsi actores hoc articulant. Le- 9 gem † igitur non subditis imponere non possunt. *l. f. & ibi communiter. dd. Iurisd.*

Eadem ratio & multo fortior militat, quod ad prætensam iurisdictionem criminalem nimirum Zentrecht. Nam huiusmodi seruitutes non possunt imponi nisi subditis, *per ea, quæ iam d. sunt. de oper. seruorum.* Hic ergo consideranda sunt priuilegia, possessio & præscriptio actorum. Et plane ex actis perspicuum est, quod actores ex priuilegio Frid. 3. & Max. Item confirmatione Caroli V. Impp. hæc tria scilicet, Grabengeldt / an Heg vnd Schleg zugehen vnnd Zentrecht / coniunctim habeant.

Videndum igitur, *an summus princeps scilicet, Imper. potuerit in præiudicium tertij huiusmodi priuilegia concedere, & si potuit, an expresse hoc voluerit.*

Quod ad primum attinet, dubium in iure nullum est, quando † sumus Princeps possit a- 10 licui dominium rei suę ex caussa publicæ vtilitatis auferre, maxime quando agitur de medico præiudicio, vt per D. Ref. latius deductum est, quæ repetere nolo, & est sedes ordinaria *in gl. in l. fin. C. si cont. ius vel vtil. publ. & ibi Iaf. num. 2. & communiter dd.*

Quoad alterum, an expresse hoc voluerit Imperator, volūtas euidenter ex toto priuilegio apparet & constat. Habet enim omnes clausulas, scilicet, de plenitudine potestatis, † 11 ex certa scientia & motu proprio. Item clausulam propter bene merita, quæ clausulæ maxime si coniunguntur, excludunt omnē ignorantiam, errorem aut vitium subreptionis, de quibus omnibus clausulis tradit pulchre Paris. *cons. 1. per tot. vol. 1. Zas. cons. 3. num. 6. vol. 1. Curt. cons 48. num. 26. cum seq. Franc. c. cum speciali & appell. in 6. Alex. l qui iurisdiction. iurisd. om. iud. Idem cons. 33. num. 13. vol. 5.*

Cū igitur Imperator potuerit, atque etiam expresse voluerit actoribus huiusmodi priuilegia concedere, sacrilegij † instar esset amplius de potestate summi Imper. disputare velle. 12 *l. 2. C. crim. sacrilegij,* maxime cū huiusmodi priuilegia publicam vtilitatem concernant, & reo nullum aut perexiguum præiudicium adferāt. Non enim dominium rei suæ (quod potest ex caussa publicæ vtilitas auferre) ei aufertur, nō iurisdictio in suos subditos, sed quædam operæ tantum imponuntur, non singulis annis, sed exigente necessitate præstandæ, quæ opera non tantum actorum commodum & vtilitatem, sed ipsius quoque rei, & suorum subditorum in consequentiam concernunt, cūm ad publicam communemq; vtilitatem spectent, vt securi sint ab incursionibus improborum & facinerosorum hominum.

Quare concludo cum D. Ref. actorum intentionem in caussa principali probatam.

An Elisa?

EX depositionibus testium satis euidenter constat, Reum iustam litigandi caussam habuisse, tum etiam de iure communi, quælibet,

13 bet res † præsumitur libera, nisi contrariū probetur *l. altius & ibi DD. C. seruit.* Vnde non solum à dolo excusatur Reus, sed etiam à pœna priuilegio inserta, super qua agunt & concludunt actores.

Videndum igitur quid pronūciand. si à pœna priuilegij Reum absoluere velimus, & tamen nihilominus pro actoribus pronunciare.

Quid pronuntiandum?

14 NOta in iure regula est, q̄ † sententia cōformis debeat esse libello, alias nō valet. *c. licet Heli. vbi Fel. n. 18. Simonia clem. sæpe. §. verū quia. V. sign. l. de qua re. iud. Ias. l. vinum. si cert. pet.* Ratio illius regulæ est, quia si ego in libello peto rē, & super eo lis cōtestata est, si postea iudex ferret sententiam in eo, super quo lis nō

15 contestata est, & sic nulliter, quia † sententia sine litis cōtestatione nō valet, *ita Ias. d. l. vinū.*

16 *n. 23.* Imo fatuus † est iudex, qui condemnat in alio, quam petitū est. *l. f. §. f. C. fidei. com. libert. Ias. d. l. vinum. n. 23.* Actū vero in præsenti cōditione ex priuilegio, vti cum D. Ref. omnes concluserunt, quia maior, minor & petitio fundantur in priuilegio actorum. Hoc enim syllogismo vtuntur.

Nos habemus tale priuilegium ab Imp.
Tu contra nostrum priuilegium fecisti.
Ergo *petimus te declarari in pœnam priuilegij.*

17 Nam ex medio † cōcludendi qualitas intētatæ actionis colligitur & demonstratur. *Bart. l. certi condictio in pr. si cert. pet. Dec. consi. 136. n. 1. vol. 1.* Vix ergo video, quo pacto velimus in principali caussa, quæ in iudicium nō est deducta, super qua iudex non cognouit, pronunciare contra *l. de qua re. indic.*

Cæterū quoniam ex actis probatorijs, sufficiēter nobis de iustitia caussæ principalis cōstat, putarem nos etiam super principali pronunciare posse.

Nam supra dicta regula, quod sententia de-

18 beat † esse conformis libello multis modis limitatur, & restringitur, *vt per Fel. d. c. licet. Heli. vbi 30. fallent. ponit, & per Soc. in fall. verbo sententia ad hac*, vbi totidem annotauit. Et quod ad casum præsentem attinet de regula nō obtinet, quando ex actis cōstat iudici plus, quam est petitū in libello, tū enim ex officio pnunciare potest sup omni eo, q̄ probatū fuerit. *Fel. d. c. licet. Heli. n. 28. Imo. c. ex tenore in f. p illū text. extra rescript.* vbi dicit, q̄ iudex ex officio potest iudicare de his, de quibus constat ex actis: cum maxime acta faciant notoriū. Cū igit de principali caussa satis nobis ex actis constet, cur nō possimus etiam super ea pronūciare, cum ma-

19 xime ad iudicis officium pertineat † lites dirimere. *l. quidam si cert. pet.*

Præterea d. regula nō procedit, quando iudex pronunciauit super tacite petitis, *Fel. d. c. licet. Heli. n. 21. Simon.* Atq; hic, dū petunt, Reū condemnari in pœnas priuilegij tacite petere videntur, vt super caussa principali quoque pnuncietur. Nam de priuilegio sine discussione caussæ principalis cognosci nō potest, & sic tacite caussa principalis dicitur inesse petitioni. *Ias. d. l. vinum. n. 30. Fel. d. c. licet. Heli. n. 25.*

Tertio fallit pdicta regula in summo prin-

20 cipe, qui potest † ferre sententiam etiam super non petitis. *Ias. d. l. vinū. n. 24. in pr. Fel. d. c. licet. Heli. n. 30. Socin. d. loco. fall. 9.* Cū ergo Camera sit summū cōsistorium Principis, adeoq; ipsiusmet Cæsaris, cum oēs pcessus sub sigillo ipsius executioni mandentur, consentaneum est, nos etiam sup nō petitis pnunciare posse. In prin-

21 cipis † n. consistorio, de plano & simplici sola veritate inspecta proceditur. *c. ad petitionē. Accusat. Bald. late. c. 1. §. inuestitura. n. 3. nou. for. fidel. in vs. feud. Idem in l. rescripta. n. 6. C. pcib. Im. offer.* Hinc est, q̄ nullitates nō attendamus in Cam. si de meritis caussæ nobis constet, vti quotidie obseruatur & optime vt litium sit finis.

22 Ad extremum notabiliter fallit d. reg. si † libellus habeat clausulam salutarē, peto mihi ius atq; iustitiam administrari. *(de qua etiam habetur. c. cum dilectus. in pr. ord. cognit. Ias. l. om. nu. 147. inst. actori.*) Nam intentans possessorium cum d. clausula, poterit etiam obtineri in petitorio, *DD. d. c. cū dilectus. Fel. d. c. licet. Heli. n. 44. Simon. Ias. l. naturaliter. §. nihil cōmune. n. 191. acquir. poss.* Concludo igitur ex prædictis in caussa principali pronūciandum esse. Ita ab omnibus conclusum fuit.

Sententia.

IN Sachen der Statt Oberburg/ Clager eins/wieder weilandt Hanß Reinstein/ jetzo desselbē Tochter vñ Erbē/ Beclagte anderstheils/ Citationis ad videndum seind die Conclusiones am 20. Iunij. An. 58. vorbracht nit/sondern die Sach für beschlossen angenōmen/darauff allem vorbringen nach zu Recht erkādt/ dz obgedachte Beclagte an die angeforderte Poen/deß Kays. vñ Koniglichen priuilegiē nicht gefallē/ sondern dauon zu absoluiren erledigen/vnd aber nicht destoweniger/ sie Beclagte jhre Zinßleut vnd zugehörige in der Oberburgischē Landtwerdt seßhafft vñ beguttet/nach gelegentheit vnnd notturfft angeregter Landtwehr/ die in 8. 9. 10. positionaln articuln specificierte Gerechtigkeiten/dienst vñ arbeit/ auff gebott vñ beuelch der Clager/vermög angezogen Kays. vnd Koniglichē Priuilegien thū vñ leistē zulassen/ dieselbē auch forthin dauō keines wegs abzuhaltē/ schuldig seyn/ alß wir sie hiemit dazu condemniren vnd verdammen. Compensatis vndique expensis.

S

DEC. I. VOTVM VIII.

In Caussa Claß von Holtzheim/ *Contra* Georg Zimmerman.

In materia vnionis prolium.

SVMMARIA.

1. *Petitio hereditatis institui non potest cõtra titulo possidentem.*
2. *Vnio prolium ex instrumento publico desuper confecto plenissimo probatur.*
3. *Pacta futuræ successionis, præsertim adquirẽdæ, adeo improbantur, vt ne iurata quidem valeant.*
4. *Hereditas non datur pactis, sed testamento.*
5. *Pacta successionis adquirendæ in conuentionibus dotalibus disponi non possunt.*
6. *Pactum vbi non valet, ibi nec statutum, nec consuetudo valet.*
7. *Pactum vnionis proliũ nullo iure subsistit aut confirmari potest.*
8. *Vnionis prolium contractus cum exacta caussa cognitione, & quadam iuris solemnitate peragi debet.*
9. *Adoptio & abrogatio naturam imitãtur, & cum contractu vnionis aliquid adfinitatis habere videntur.*
10. *Vnio prolium, quæ fit citra vllam publicæ solennitatis necessitatem, ipso iure nulla est.*
11. *Fraternitas iurata successionem non tribuit.*
12. *Vnionis prolium contractus vt fiat, quæ requirantur.*
13. *Adoptionis requisita.*
14. *Qualitas requisita nõ potest à facto principali separari.*
15. *Periculum vbi maius est, ibi cautius agendum.*
16. *Consuetudo per solam famam probata, sufficienter probata est.*
17. *Legem imponere nemo potest, nisi suo subdito.*
18. *Forum quis sortitur non solum ratione domicilij, sed etiam ratione contractus & delictis.*
19. *Solennitas loci vbi contractus celebratur, obseruari debet.*
20. *Consuetudo loci, vbi contrahitur, non domicilium agentium inspicitur, etiamsi res, qua de agitur, alibi posita sit.*
21. *Limitatur in caussis matrimonialibus.*
22. *Notarius no potest interponere auctoritatem legitimis actibus.*
23. *Vnio prolium coram Notario fieri non potest.*
24. *Pactum de futura successione acquirenda ne inter fratres quidem admittitur.*
25. *Pactum de parte hereditatis valet.*
26. *Testamenti factio debet esse libera, nedum super toto, sed etiam super parte.*
27. *Voluntas vltima nullis pactionibus adstringi neq; impediri potest.*
28. *Donatio omnium bonorum, præsentium & futurorum valet, si facta sit aliqua reseruatio bonorum, de quibus testari possit.*
29. *Donatio facta propter bene merita, pro victu & amictu, &c. etiamsi immensa sit, no opus habet insinuatione.*
30. *Clausula salutaris vis & potestas.*

IN NOMINE Domini. Amen.

Ex stipulatu, vel præscriptis verbis ex contractu, & conuentione vnionis prolium actio instituta est, ad demissam hereditatis Augustini auunculi adoptiui. Petitio enim hereditatis hoc casu locum habere non potest, cum reus noster non possideat bona Augustini pro herede, vel pro possessore, sed t. donationis. At iuris contra titulo possidentẽ petitio † hereditatis, quod institui nõ possit. *l. regulariter pet. hereditatis. l. hereditas. C. eod. t. Et vtrobiq; dd* quamuis & rei vẽdicatio locũ habere posset. Et cũ actores solo vnionis cõtractu nituntur, qui ex † instrumẽto publico desuper confecto plenissime probatur. *l. cũ precibus. C. fide instrument. l. optimarum. C. contr. & com. stipul.* Videndum in primis, an huiusmodi vniones prolium de iure subsistere possint nec ne. [1, 2]

Notum inprimis est, pacta † futuræ successionis, præsertim acquirendæ, adeo improbata esse, vt ne iurata quidem valeant *l. licet l. fin. C. pact. vbi late Bart. & dd. l. stipulatio hoc modo concepta. V. O. vbi late Alex. & Zas.* Hereditas † enim non datur pactis, sed testamento. *d. l. licet. & l. hereditas. C. pact. conuent.* idque adeo verum est, vt neque consuetudine vel statuto contrarium introduci vel recipi possit. *Alex d. l stipulatio hoc modo. n. 7. & Zas ibid. n. 49 cũ seq.* vbi dicit, quod nec consuetudine vlla, nec statuto vllo [3, 4]

vllo prouideri possit, quod pacta successionis acquirendæ disponantur † in conuentionibus dotalibus. Item tenet Alex. *l. fin. n. C. pact. & cons. 578. nu. 5.* Ratio, quia vbi non valet pactũ † tanquam contra bonos mores, ibi non valet quoq; statutum vel consuetudo. *Alex. & Zas. d. l. stipulatio. Bart. l. omnes populi n. 22. inst. & iur. Dec. cõs. 516. n. 6. vol. 4.* Sed huiusmodi vniones prolium nihil aliud sunt, quã † pacta futuræ successionis acquirendæ, ideo nullo iure subsistere, aut cõsuetudine vel statuto cõfirmari possunt, cum sint contra bonos mores, & inducãt votum captandæ mortis. *c. non est obligatorium. R. iur. n. 6. d. l. f. C. pact. cum simil.*

Eo tamẽ non obstante, cum passim vbique locorum in Germania huiusmodi cõsuetudines de vnione prolium receptæ sint, putarem, omissis ambagibus, eatenus eiusmodi consuetudines & statuta valere, si vnionis contractũ † cum exacta caussæ cognitione, & quadam iuris solennitate perficiat, vt scilicet præsentibus tutoribus, curatoribus vel consanguineis inprimis excutiatur quæ sint facultates eorum, quorum nomine parificatio proliũ petitur, vt ex comparatione earum æstimetur, an ea vtrique salubris sit futura, idq; apud magistratum loci & iudicem competentem confirmetur. Quemadmodũ in simili in adoptionibus † & arrogationibus, quæ naturã imitantur, & cum hoc cõtractu vnionis aliquid affinitatis habere videtur receptũ est. *l. 2. C. adopt. l. nec ei. §. primum. eod. §. autẽ inst. d. t.* Hac ratione probata, est in Cam. Moguntinẽsis ordinatio de vnione prolium, & q͏̃ plenã, exactamq; caussæ cognitionem requirat, an expediat, an salubris sit futura vtrisq;, vt in caussa Theobaldi Wagener cõtra Peter Most/ item in caussa Hanß vnd Wendel die Müller/ contra Iacobũ Koch jhren Stieffvatter in der Marggraffschafft Baden.

Cæterũ si hoc ex generali quadam consuetudine promiscue cuiuslibet voluntati & priuatæ affectioni, citra vllã publicæ necessitatẽ solennitatis p̃mitteretur, cõfidenter concluderẽ, tali statuto vel consuetudine nõ obstante, huiusmodi vnionis contractum † ipso iure nullũ esse, *per iura supra alleg. Et Alex. pulchre d. cons. 28. vol. 3. & d. l. licet. C. pact.* vbi concludit, huiusmodi conuentiones, etiamsi receptæ essent, non valere, videlicet si pactum sit inter fratres, quod alter alteri sine liberis intestato decedẽti succedat, licet inter milites in vim vltimæ voluntatis tale pactum valeat. *per d. l. licet. Paris. cons. 26. n. 6. vol. 2. Dec. cons. 516. in pr. & cons. 655. n. 9.* vbi dicit, quod illi, qui faciunt se fratres iuratos, vt altero præmoriente, alter sibi succedat, non habeant ius succedẽdi, quia talis fraternitas nõ tribuit † successionẽ. Defendit tamen in d. *cons. 655.* fraternitatem initam inter Ducem Saxon. & Brandenb. *vt ibi per eundem.*

Superest igitur, an in nostra hypothesi parificatio prolium legitimo modo, & cum caussæ cognitione facta sit. Diffitetur hoc reus in defension. suis, obijciendo actori, quod contractus vnionis ex defectu solennitatis vitiosus sit. Nam secundum consuetudinem eius loci, vbi celebratus est, ad conficiendam legitime vnionem, plura requiruntur. *Primo* † vt fiat coram quatuor viris pagi, præsentibus & consentientibus tutoribus. *Deinde*, vt authoritate præfecti confirmetur. *Tertio*, vt actibus publ. insinuetur. Quolibet horum deficiente vitiari contractum vnionis. *l. si heredi plures. C. condit. instit. l. quoties. §. cum ita. Reb. dubijs. Paris. cons. 30. num. 129. vol. 1. Bart. & dd. l. 1. inst. & iur. vbi plene de concursu copulatorum.*

Sic & in adoptione, quæ species est vnionis, huiusmodi requisita concurrere debent: tutoris † vel curatoris autoritas, amicorum præsentia, magistratus confirmatio, & publica insinuatio. *l. quod ne curatores. Adopt. l. 2. & l. f. C. eod. t.* Si quid eorum factum non erit, non valet adoptio, *iur. alleg.* Nam † qualitas requisita non potest à facto principali separari. *l. prætor ait. 2. §. docere. vi bon. rapt. l. Fulcinius. §. Cum autem ex quibus caussis in poss. eatur. Castr. l. 2. ad f. C. ad l. Iul. de vi publ.*

Et hoc omnino maxime obtinere debet in hac nostra consuetudine vnionis, quæ facta futuræ successionis acquirendæ vtroq; iure improbata tuetur. Nam, vbi † maius est periculũ, ibi cautius agendum. *l. 1. §. sed si quis. Carbon. Ed. c. vbi periculum. Elect. in 6.*

De hac consuetudine attestantur quatuor viri d. pagi Anselstonck/ à Comite Erbach compulsi medio iuramento, vt patet ex instrumento litera B. signato. Ijdem attestantur tanquã publicæ personæ de hac nostra vnione nihil in actis publicis reperiri, *vt in instrumento litera A.*

Vnde cum d. requisita huius consuetudinis in conficienda vnione prolium sint omissa, quod ne actor quidem diffitetur, consentaneũ est, eam ex defectu solennitatis vitiosam, & nullam esse.

Non obstat, quod huiusmodi quatuor virorum ad instantiam solius Rei, actore nõ vocato, nec citato, & absq; competentis iudicis cõpulsu ædita, & producta sunt: quia non in vim depositionis, vt recte in replicis allegatum est, sed ad informãdum iudicem de loci cõsuetudine exhibita sunt. Potest n. iudex ex officio, parte absente & non vocata potissimum, se de consuetudine informare, & si reperit etiã † per solam famam ita esse, sufficit. Id optime docet Cynus *l. 2. C. q̃ sit long. consuet. nu. Bart. l. Iulia. n. 3. test. per text. l. 3. §. diui. ff. eod. Dec. d. cõs. 655. num. 28.*

Accedat, q͏̃ horum documentorũ sigilla ab actore recognita sint. Cum igitur illi deponãt

tanquã magistratus eius loci, nullũq; ipsorum cõmodum, vel incõmodum in eo versetur, sed magis publica vtilitas, non video cur eorũ documentis fidem adhibere non debeamus.

Non obstat, quod contrahentes in loco cõsuetudinis domicilium non habeant, vt sic cõsuetudine locali non obligentur, cum non sint 17 subditi, & nemo † legem imponere possit, nisi suo subdito. *l. 1. & ibi dd. C. sum. trinit. & fide Ca-* 18 *thol. l. fin. iurisd. om. iud.* quia non solum † ratione domicilij, sed etiam ratione contractus & delicti quis forum sortitur. *l. heres absens iudic. & ibi dd. Bald. & Sal. l. 2. C. iurisd. om. iud. Canõ. c. licet ratione for. cõp.* Sufficit in loco cõsuetudinis 19 contractũ esse, quia † solennitas loci, vbi cõtractus celebratur, obseruari debet. *vt not. Bart. in rept. l. de quibus num. 27. LL. p text. l. si fundus euiction. & ibi gl. verbo gestum est,* ꝙ sc. in confecti- 20 one alicuius actus † cõsuetudo loci vbi cõtrahitur, non domicilium agentium inspicitur, etiamsi res, de qua agitur, alibi posita sit. *text. l. 1. §. f. ventre inspic. l. semper in stipulationib. de R. I.*

21 Limita † hoc in causis matrimonialibus, vbi statuta domicilij seruanda sunt. *Ferrar. for. act. realis. sup verbo cui coharet, vbi additio litera H. super verbo mensuris loci.* Deinde, vt demus, contrahentes, neq; ratione originis, vel domicilij, aut contractus cõsuetudini loci articulati subiectos, sed plane extraneos fuisse, eo sane casu ex supra allegatis concludo, priuatam illam pactionem vnionis prolium nullius momenti fuisse & esse, adeoq; absq; solenni consuetudine vel statuto, contra tam expressa talia pacta nunquam sustineri posse.

Neq; patrocinatur actoribus Notarij autoritas & publici instrumenti fides *l. cum precibus fid. instr. l. opinion. C. com. & contrah. stip.* quia nõ 22 dubitatur, an † facta sit vnio, sed an ad eũ modum fieri potuerit. Præterea publicum instrumentum in legitimis actibus non sufficit, nisi authoritas iudicis intercesserit. Notarius non 23 habet iurisdictionẽ neq; autoritatem † interponere potest in legitimis actibus. *text. sing. l. adoptio. C. adopt. ibi Bald. & Sal.*

Adhæc si accuratius verba instrumenti vel contractus perpendantur, nõ tam vnionis cõtractus, quã mutuæ successionis pactum inter ipsum Augustinum & Ammeliam conficitur, 24 ita vt in puris terminis pacti de futura † successione acquirenda versemur, quod ne inter fratres quidem, licet reciprocum sit, admittitur, *vt pulchre deducit Alex. d. conf. 28. vol. 3. & d. l. licet. C. pact.* Quanquam multi dd. concludant, pa- 25 ctũ † de parte hereditatis, vt hoc nostro casu, valere, eo, ꝙ non auferat liberã testandi voluntatem, cum de altera parte testari possit. *Dec. d. cons. 655. & cons. 578. n. 2. Cyn. Bald. d. l. f. n. 4. Ancor. & Immol. ad rubr. de testam. in f. Dec. cõs. 301. n. 3. vol. 2. per text. d. l. pactum. quod dotali. C. pact.* 26 quia testamenti † factio debet esse libera, nedum super toto, sed etiam super parte *per alleg. Paris. cons. 26. n. 69. vol. 2. DD. vbi supra.*

Iam in præsenti casu, vt demus, hanc pactionem, cum de pacto hereditatis Augustini facta sit, valere, anne Augustinus voluntatẽ mutare, & testamentum facere potuit? Quod puto, quia vltima voluntas † nullis pactionibus ad- 27 stringi, neq; impediri poterit. *d. l. stipulatio hoc modo concepta. vbi dd. V. O. Bartol. d. l. f. n. 10. C. pact. Alex. d. cons. 28. n. 10. vol.* vbi dicit, quod pactum illud *promitto tibi, quod sis heres meus, vel quod faciam te heredem meum,* nõ valeat. Secus si dicat, *promitto tibi bona post mortem meam,* qa esset donatio causa mortis vel inter viuos. At Augustin. fecit testamentum, & matrem heredem instituit. Igitur destinata voluntate Ammeliam excludere voluit, & à contractu vel pactione recedere. Quibus omnib. simul consideratis, concludo, vnionis contractum, cum ob solennitates de cõsuetudine loci requisitas non seruatas, tũ quia postmodũ testamentum conditum, nullum esse, reũq; ab instituta actione absoluendum Compensatis expensis.

Quod ad donationem Reo factam attinet, dubium nõ est, quin ea valeat. Nam ex cõmuni DD. opinione, donatio † omnium bonorũ 28 præsentium & futurorum valet, si facta sit aliqua reseruatio bonorũ, de quibus testari possit. *Bart. Alex. Zas. d. l. stipulatur hoc modo concepta, Dec. cons. 516. n. 7. Paris. cons. 36. n. 86. vol. 2.* maxime † cum facta sit propter bene merita, vt 29 hoc nostro casu, pro victu & amictu, necessaria vitæ sustentatione. Nam tunc etiamsi immensa sit, non opus habet insinuatione, quia in speciem cõtractus transit, & vicem permutationis obtinet. *l. qui Aquilius Regulus. l. si pr. §. f. donat. Ias. pulchre. l. Iulian § q. fundũ. n. 13. V. obl.*

Quod ad condictionem causa data &c. & condictionem indebiti, attinet, æquum est, vt hoc reddatur, quod Augustin. prætextu vnionis proliũ ex hereditate Annæ Ammeliæ accepit: quanquam nulla in libello specialis petitio, sed tantum protestatio, & actionis reseruatio; tũ cum in 6. art. actor ponat, quantum Augustinus ex d. hereditate prætextu vnionis accepit, sc. 90. flor. & testes desuper producãtur, & deponant, & alias † vigore clausulæ sa- 30 lutaris omnis actio, & omne remediũ cõpetẽs, & resultans ex narratis, in iudiciũ deductũ esse videatur, ita vt iudex posit supplere & impartiri officiũ, etiamsi ab altera parte nõ petatur, *vt declarat Panorm. c. cũ dilectus. n. 52. & ibi cõmuniter Canon. ord. cognit. Idem c. 1. n. 2. off. deleg. Ias. §. omnium. n. 147. inst. act. Fel. c. licet. Fel. n. 44. Simon.*

Præterea cũ ex actis de nulla fide Valentini constet, putarẽ actori ex bonis Ammeliæ matris & heredis Augustini liquidũ adiudicari, in cęteris actionẽ reseruari posse, ita tamen, vt dimidium eius, ꝙ liquidatũ est, actori adiudicetur,

tur, quia trientis semissem Augustinus vigore vnionis tātum accepit. Quod si Domini in genere actori actionem, vel condictionem indebiti reseruare velint, nō refragabor. Saluo &c.

Sententia.

IN Sachen Claß von Holtzheim & Consorten Clägern eins / wieder Weilādt Georg Zimmerman/jetzo desselben Erben in actis benant / Beclagten anderstheils / ist allem Fürbringē nach zu Recht erkandt / daß gedachte Beclagten vō angestelter Clage/ so viel die ein Kindtschafft belangen thut / zu absoluieren seye/ als wir sie davon absoluieren. So viel aber die articulierte 90. Flor. belanget / daß sie die Beclagte jhme dem Cläger davō 30. Flor. zuentrichten vnnd zu bezhalen schuldig seyn / alß wir sie auch hiermit darzu condemniren vnnd verdāmen. Der vbrigen 60. Flor. halbē/ so er Cläger weitters/ wie sich vermöge der Rechten gepühret / liquidieren wirdt/ daß solches gehört / vnnd darauff ergehen soll was Recht ist. Compensatis expensis.

DEC. I. VOTVM IX.

In Caussa Hirnwurst Appellantis, *Contra* Eplingen Reum Appellaten.

De pacto retrouenditionis.

SVMMARIA.

1 *Actoris nomen exprimi in probationibus tertia instantia non est necesse.*
2 *Pactum redimendi frustra in pignoratitia adijcitur.*
3 *Iuri offerendi nullo tempore praescribi potest.*
4 *Praescriptio cum mala fide, hodie non procedit.*
5 *Non entis nullae sunt qualitates.*
6 *Pignoratitia debitori non cōpetit nec nascitur, nisi soluto debito.*
7 *Pacto de retrouendendo non praescribitur.*
8 *Facultatis quae sunt, praescriptione non tolluntur.*
9 *Antithesis quomodo contrahatur.*
10 *Antithesis temporaria valet, perpetua non item.*
11 *Hypotheca & pignus quid differant.*
12 *Scriptura priuata quid probet.*
13 *Scriptura priuata antiqua, etiam sola plenam fidem facit.*
14 *Antiquum in materia probationis id dicitur, quod excedit metam cētum annorum, alijs metam 40. annorum. nu. 15.*
15 *Scriptura antiqua in suspecto loco interleta, nullam fidem facit, etiamsi foret publica.*
16 *Iudex vltra, quam cognouit, pronuntiare non potest.*
17 *Depositio non requiritur in iudiciali oblatione, sicut in extraiudiciali.*
18 *Oblatio in iudicio tantum valet, quantum oblatio, depositio & consignatio extra iudicium.*
19 *Creditor debitori agenti pignoratitia vel eius heredi, quaestionem dominij referre non potest.*
20 *Reus an teneatur ad coadiurādum intentionem actoris, instrumenta sua edere.*
21 *Actor frustra petit arma ab aduersario.*
22 *Titulus pro herede tantisper praesumitur, donec contrarium probetur.*
23 *In titulo pro herede ignorantia rei alienae praesumitur, nisi scientia probetur.*
24 *Actore nihil probante reus absoluitur.*
25 *Iudex omisso appellationis articulo in principali pronuntiare non potest, nisi de voluntate appellantium.*
26 *Iudex appellationis vbi pronuntiat, bene appellatum, male iudicatum, tota caussa ad eum deuoluitur, ita vt de principali caussa cognoscere & pronunciare possit.*
27 *Caussa ad eum, qui grauauit semel, non est remittenda.*
28 *Remissio caussae quando fiat.*

IN NOMINE Domini. Amen.

ACTOR in tertia instantia, scilicet, in Cam. in probationibus suis. *nu. 24.* & Replicis. *nu. 27.* disertis † verbis exprimit, nomen actionis, quod tamen non est necesse. *c. dilecti iudicijs. Panorm. ibid. n. 12. Alex. ad. l. 1. nu. 3. edendo.* Et pignoratitia actione se agere dicit pro restitutione fundi ei pignorati pro reditibus 7. Flor. At ego dū libellū primae instantiae considero, eiusq; petitionem, actum puto praescriptis verbis, vel ex vendito, ex pacto, scilicet, de retrouendendo, emptioni

ni 7. Flor. in continenti adiecto, & sic actione ex contractu informata. *l. 2. C. pact. int. empt. & vendit. l. rebus. C. rer. permut. l. si vir uxori prefer. verbis. l. si sterilis. §. si tibi fundum vendidero. act. empti Schurff. consil. 5. cent. 2.* Atq; huic actioni actor in prima instantia vbiq; insistere videtur, dum pactum illud reluitionis vnice vrget, fundando suam intentionem potissimũ super instrumento venditionis Agnatis & incolis in actis fol. 35. factæ. Venditi enim sunt reditus ex fundo litigioso, nullum pignus cõtractum est. In pignoratitia non est necesse adijcere † pactum redimendi, hoc ius debitori soluto debito, ipso iure competit, *l. si rem alienam. §. omnis pign. act. l. si quis nec. §. 1. si cert. pet.* nulla temporis præscriptione obstante, cum † iuri offerendi secundum veriorem & in Cam. approbatam opinionem nullo tempore præscribatur tum propter malam fidem possidẽtis pignus: nam præscriptio † cum mala fide hodie non procedit. *c. f. prescript. vbi dd.* quam ideo, quod nõ † entis nullæ sint qualitates, sed pignoratitia † debitori non cõpetit, nec nascit̃, nisi soluto debito. *d. l. si rem alienã. §. omnis ergo actioni nõd. nata p̃scribi nõ potest.* Et hæc est verior opinio, vt dixi, quam tenet Bart. *l. pignori. vsu cap. cõt. gl. ibid. verbo alienam,* vbi ait, ꝙ iuri offerendo non p̃scribatur 30 annis. *Bart. sequitur Zas. §. actionum. n. 63. & 66. action. Henning. cõs. 109. p tot. Mynsinger obs. 4. cent. 4. Couar. lib. 1. var. resol. c. 9 per tot.* vbi *n. 6.* tenet si adsit mala fides possidentis nullo tempore currere p̃scriptionem, ꝙ etia tenet Paris. *cõs. 92. n. 36. vol. Couar. vtriusq; opinionis dd. alleg.* licet Angl. contrariã opin. communem dicit. *d. §. action. n. 54. in f.*

Eadem ratione pacto de retrouendendo † non p̃scribitur. Nam & illud ius offerendi vacat. *vt not. Zas. d. § action. n. 66. in f.* quia ius illud cõuẽtionalis retract' cõsistit in mera facultate redimentis, & ideo non præscribitur. Nam † quæ sunt facultatis, minime tolluntur p̃scriptione. *l. via publica. dd. vbi supra Boer. decis. 351. n. 6. p. 2. & decis. 182. p. 1. Zas. vbi sup. Mynsinger obs. 26. in f. cẽt. 1.*

Sed hoc obiter. Ad propositũ, quando ipsemet actor pignoratitiã elegit, eamq; nominatim expressit, videndũ, quid in ea ꝓbatum sit.

Constat satis ex literis Catharinæ & Hermanni alijsq; registris, vẽditionem 7 Flor. annui reditus, cum pacto de retrouendendo celebratam fuisse, sed de pignoris noua constitutione vel facta antichresi nusq̃ sufficienter ex actis cõstat. Vẽditionis tempore ipse venditor possidebat fũdũ petitũ, quo iure autẽ emptor possidere cœpit, de eo ꝓbabiliter nusquã apparet. Nulla n. in dicto instrumẽto vẽditionis annui reditus de pacto antichreseos facta est mẽtio. Antichresis † cõtrahitur cũ ita pignori fundus vel domus opponit̃, vt in vsuras creditor pignus pcipiat, aut locando aut ipse percipiendo, habitandoq;. Ita inquit Ictus. *l. si is qui bona §. 1. pignor. & hypoth.* & de antichresi meminit Ictus. *l. si pecuniam pignor. act.* Quæ quidem antichresis, si sit † tẽporaria, & ad certum tẽpus limitata, valet, si vero perpetua, hoc est, donec redimatur, non valet in præiudiciũ debitoris, nec eum obligat, quin, quandocunq; libuerit, fundum repetere possit, & à creditore exigere ratione fructuum etiam percipiendorum, vt si quid vltra reditũ percipit, vel percipere potuit, reddat, si enim hoc receptũ est in liberali creditore, vt partim computentur in sortem. *l. 2. pign. act.* quãto magis in fœneratitio. *Molin. tr. commerc. & vsurar. quæst. 35. n. 259. cum seq.* vbi prædictam distinctionem latius prosequit̃ & explicat. Hypotheca † sola conuentione, pignus non aliter quã traditione constituitur. *§. f. inst. quib. mod. re cont. oblig.* Hic de traditione fundi petiti nusquã constat. Vnica tñ missiua producitur in actis probatorijs. *fol 65.* de dato Anno. 97. quæ ad intentionem aliquid facere, & hoc pactum antichreseos probare videtur. Verba eius sunt, so muß ich euch/ꝛc. Ex quibus verbis quędam pignoris constitutio, & rei traditio argui posset: sed cum illa † missiua sit priuata scriptura, incertumque, an transmissa, quam fidem in iure faciat, notissimum est. *l. existimo. l. rationes. C. probat. cum simil. Canon. c. 2. fide instrument. vbi late Fel. DD. communiter l. admonendi. iureiur.* Vrget quidem actor antiquitatem scripturæ, quo casu receptum est, vt priuata scriptura etiam † sola plenã fidem faciat. *c. ad audientiam prescript. c. cum causam, vbi Fel. nu. 2. probat. Bart. l. 1. si cert pet. nu. 22. Spec. t. instrument. edict. §. nunc dicend. Dec. cons. 146. p tot.* Sed nõ est hic tanta antiquitas scripturæ, vt ea sola plenã fidẽ faciat, cũ in † materia ꝓbationis secundũ cõmunem opin. id antiquum dicatur, ꝙ excedit metam 100 annorum. *Innocent. c. veniẽs. v. fig. Crauetta de antiquit. temp. §. 1. n. 4. p. 1. Alex cõs. 6. n. 7. f. 7. idẽ cõs. 208. n. 11. eod. vol.* vbi cõmunem dicit. Datum vero missiuæ est Anno 97. Et sic tempus 100. annorum nondũ decursum, vt antiqua dici non possit. Demus autẽ antiquam esse, eo ꝙ secundum multorum opinionem tempus 40. annorũ antiquũ † dici possit in materia ꝓbationis, vt refert Crauetta *d. loco vbi multos alleg.* tñ quia in loco suspecto interleta, & in margine notata est, nullã certẽ fidem facere potest, cum tali casu nec publica quidẽ scriptura plene probet. *c. inter dilectos fid. instru. & ibi Inn. n. 3. Pan. c. ex lit. n. 3. & seq. eod. t.*

Præterea, si accuratius perpendantur verba d. misiuæ, apparebit, dominum de Anhaldt, non voluisse possesionem litigiosi feudi in emptorem redituram, loco pignoris transferre, & illud in antechresin dare, sed tantũ permittere, vt alium Colonum, quam etiam nominat ipsi domino, nõ sibi quærere, ad vtilitatẽ tamen ipsius, vt reditus saluus esset, & fundus incultus non maneret.

Regi-

Registra vel libri censuales, & rationes exhitæ, huc non pertinēt, quia de nouo contractu & pignoris constitutione nullam mentionem faciunt.

Quare concludo primum & secundum requisitum huius actionis probatum non esse.

Quod ad tertium attinet, debiti scilicet solutione, puto illud sufficienter probatum ex depositione pecuniæ 120. aureorum, quæ summa, quantum ad actionem intentatam attinet, sufficiens est. Agitur enim pro redemptione 7. Flor. ad restitutionem fundi cum suo onere, super qua summa lis tantū cōtestata, & sic vltra † eam iudex non cognouit, quare nec pronunciare vltra potest. *l. de qua re Iud.* Itaq; iudicialis oblatio, quæ hic facta est de residuo, nullius est momenti.

16

17 Præterea licet † in iudiciali oblatione non requiratur depositio, sicut in extraiudiciali. *l. si rem alienam. §. f. pig. act. gl. l. acceptam verbo tolletur. C. vsur.* Angl. § *actionum. num. 54. art.* dicit, quod in iudicio tantum valet † oblatio sola, quantum in extraiudiciali oblatio, depositio & consignatio. *d. §. f.* Illud tamen accipiendum est de reali oblatione, nō autem verbali. *Zas. d §. act. nu. 67 in f.*

18

Ex his itaq; concludo actionem pignoratitiam non esse probatam.

Omitto ergo cōsulto disputationem actoris, quod ex communi dd. sententia creditor † debitori agenti pignoratitia, vel eius heredi, vt in nostro casu, quæstionem dominij referre non possit. *l constare commod. l. cum res. C. si res al. pign. vbi sedes ordin. l. si rem alienam pignor. DD. § Item seruiana inst. act. vbi Zas. n. 32. cum seqq.* Quæ quidem conclusio procederet, si actor haberet suam intentionē probatam. Sed hic non habet, Ergo &c.

19

Eadem ratione & aliud fundamētum actoris subuertitur. Quod reus teneatur edere † sua instrumenta ad coadiuuandū intentionem actoris iam fundatam, prout cōmuniter dd. *in l. 1. §. editiones. edendo. vbi gl magistr. verbo die & cōsule. Bald. l. f n. 10. C. edendo. Alex. l. qui accusare & l. f. eod. c. Innoc. c n 3. probat & ibi Fel. n. 24. fac. l. Titij heres. l. creditori act. empt.* Quia actor ex literis Catharinæ non habet intentionē suā fundatam, nō probauit, *vt supra dixi*, requisita actionis pignoratitiæ. Igitur non potest originem petitionem ex instrumentis rei fundare. *l. f. C. edendo.* Nam † actor instructus venire debet. *l. 1. l. q. accusare. C d. t.* Ergo frustra petit arma ab aduersario suo, vt ipse doceat titulū suæ possessionis, qui habet etiam præscriptionem longissimi tēporis, titulū pro † herede, & bonā fidē, qui tātisper præsumitur, donec cōtrariam ꝓbetur. *l. pen C. euict. & ibi gl. verbo debes. l. emptor. C præscript. longi temp gl. c. si diligenti præscript. vbi eleg gl. verbo bona fides, ꝙ prad. reg. declarat.* Et maxime illa regula ꝓcedit, si possidēs habeat titulū verum vel putatiuum, etiam errore iniusto. *Bart. l. celsus vsu cap. Alc. reg 3. præs. per tot. alleg. l. igitur. §. potest liber cum causa simil.* Hic Reus noster verum titulū habet, nēpe pro herede, & in eo ꝓsumitur ignorantia † rei alienæ, nisi scientiæ ꝓbetur. *l. qui in alterius. reg. iur. c. ꝓsumitur. eod. t. in 6 gl. d. c. si diligenti, verbo bona fides.* Cū igitur iuris præsumptione titulū, bonā fidē & ꝓscriptionem ꝓ se habeat, non tenetur quicquā actori edere, sed habet locū regula. *d. l. qui accusare C. edendo*, ꝙ actore † nil probāte, Reus absoluendus sit.

20

21

22

23

24

Atq; ita pronunciandū ex ꝓdictis cōcludo.

Sed de forma pronūciandi hic dubitari posset, cum appellatum sit ad interlocutoria? Cōmunis Dd. conclusio est, quod amisso appellationis articulo iudex † in principali pronūciare non possit, nisi de voluntate partium. *ꝓ text. c. cordi appel in 6. & ibi Anchor. n. 6. in f. & communiter dd.* Ratio, quia in eo, ꝙ primo cognoscitur sup art. appellationis, versatur fauor soli° appellati, cui si renunciet, nō potest appellans conqueri, ꝙ appellationē suā adserit legitimā aut allegare litis pendentiā corā iudice à quo, eo ꝙ ipse appellādo ei° iurisdictionē declinet. Ita tradit Anchor. *d c. cordi n 7. Ioan. And. ibid. n 6. Franc c. vt debitus. n. 49. & 51. & ibid Panor. n. 35. appel. Bart. l. eius qui. n. 10. appel recip.* In præsenti casu partes expresse non petunt, omisso appellationis articulo ꝓnunciari, licet caussam principalē plene hinc inde in iudiciū deducāt, ita quod de meritis caussæ sufficienter nobis constet.

25

Quapropter inprimis sup appellationis art. ꝓnunciand. in secūda instātia male appellatū, bene iudicatū. In prima vero instātia bene appellatū, male iudicatū. Postea ꝓnunciandū in caussa principali, ꝙ Reus ab actione institutæ absolui debeat. Et ista forma ꝓnunciandi fundata est in iure. Nā quādo iudex appellationis † ꝓnunciat bene appellatū, male iudicatū (vt hic in secunda instantia, quæ fundat nostrā iurisd.) tali casu tota caussa ad eū deuoluitur, ita vt de principali caussa cognoscere & pronunciare possit. *per text d. c. vt debitus appel. vbi gl. & Franc. nu. 46. & 49.* nec tenetur remittere caussam ad iudicē à quo, quia † ad eū, q grauauit semel, non est caussa remittenda *text. l. eos. C. appel. & ibi Bald. Franc d. c. vt debitus. nu. 6.* Secus si pronunciaret, bene iudicatū, male appellatū, quo casu locus † foret remissioni, cum deberet remitti ad iudicem à quo, cū refusione expensarū. *d. c. vt debitus*, nisi iudex à quo detulisset appellationi. Nam deferendo abdicauit à se omnem iurisdictionem & tota caussa ad iudicem appellationis deuoluitur. *text. c. cum appellationibus. appel. in 6. Franc. c. vt debitus. num. 47.* Si tamen remittere tali casu velit potest, sed non tenetur. Deberet autem expresse remittere propter defectum iurisdictionis. *d. c.*

26

27

28

cum appellationibus. Fœn. vbi supra. At hic delatum non est appellationi. Sumus igitur in primo casu, vt deciso appellationis articulo in caussa principali pronunciare possimus.

Atque ita concludo. Saluo &c.

Sententia definitiua.

IN Sachen Hirnwurst Appellanten eines / wieder Eßlingen Appellaten anderstheils / ist allem Vorbringen nach zu Recht erkandt / daß durch Richter vorigen Instantz wohl geurtheilt / vbel dauon Appelliert / aber durch Richter erster Instantz vbel geurtheilt / wohl darvō appelliert / vnd den ferner in der Hauptsachen der gedachte Appellat von angestelter Clag zu absoluieren vnnd entledigen sey / alß wir jhnen hiermit absoluiren vnnd entledigen. Compensatis vndique expensis.

DEC. I. VOTVM X.

In Caussa Caspar Widerholds / & Elß Bimstein Interueniente, *Contra* Dorotheam von Braumeneck.

Materia reemptionis &c.

SVMMARIA.

1. *Mors vnius commissariorum, alterius iurisdictionem finit.*
2. *Commissarius vnus iurisdictionem suam solus exercere non potest.*
3. *Differentia inter ordinarium & delegatum.*
4. *Falsa caussa in sententia expressa per iudicem, vitiat eam.*
5. *Actio ex empto, vel præscriptis verbis, quando locum habeant.*
6. *Tertius quando agentem ante & post litis cōtestationem impedire vel defendere possit.*
7. *Contractus ex contentione legem accipiunt.*
8. *Ad factum qui se obligauit, aut illud, aut interesse præstare cogitur.*
9. *Successor singularis colono stare nō tenetur, potestque resistentem colonum propria auctoritate repellere. & 26.*
   Limitatur, num. 10.
11. *Tertius à definitiua sententia appellans, debet caussam sui grauaminis exprimere.*
12. *Exceptio pretij non soluti impedit litis ingressum.*
13. *Eaq; omissa in processu caussæ, potest adhuc in executione opponi.*
14. *Excommunicatus agere non potest.*
15. *Exceptio excōmunicationis repellit agētem, non tantum repellit defendentem.*
16. *Interueniens, actoris partib. fungitur.*
17. *Reus necessarius & voluntarius quis sit.*
18. *Actor regulariter quis dicitur.*
19. *Reus excipiendo fit actor.*
20. *Illud, in quo quis succumbit per modum exceptionis, potest iterum in iudicium deduci, per modum actionis, non obstante exceptione rei iudicatæ.*
21. *Iudex, vbicunq; aliquod ius ex deductis in iudicium, parti competit, & pars id ignorat, debet id ex officio suo supplere.*
22. *Exceptio, quæ vna cum actione nascitur, etiamsi non opponatur, potest per iudicem suppleri.*
23. *Iudex ex officio potest mandare agenti, vt soluat pretium; licet ad hoc actum non sit.*
24. *Possessio redempti prædij statim in redemptorem transfertur, adeo vt alia apprehensione opus non fuerit.*
25. *Dominium ipso iure oblato pretio in venditorem an transeat.*

IN NOMINE Domini. Amen.

DVAS potissimum in actis nullitates reperio.

Prima. D. Doct. Periandrū, altero cōmissario mortuo, nulliter in pūcto attentatorum solum pronunciasse, cum per mortem vnius iurisdictio alterius † finiatur. *c. delegationem. c. caussam matrimonij. Re iud.* Licet enim quilibet eorum iurisdictionem in solidum habeat, eam tñ solus † exercere non potest. *d. c. caussam,* vbi *gl. verbo teneatur.* eleganter distinguit inter ordinarium & delegatum. Hic solus pronunciare non potest † ille potest.

Secunda est, falsam caussam in sententia expressam † per iudicem viciare eam. *c. sicut vbi Panorm. num. 14. cum apost. Re indic. Fel. c. inter*

ter caeteros. eod. t. At hic falso in sentẽtia expressum, & post decendium demum in puncto attentatorum ad Reuerendiss. appellatum esse, ideo etiam nulla esse.

Quibus tamen nullitatibus vigore Ordinat. non attentis, eo quod nobis de meritis caussæ sufficienter constet, in principali negotio pronunciandum esse, concludo. Quoad formalia nil quoq; desidero.

Videndum igitur de actione.

NOtum est ex pacto de retrouendẽdo, cõtractibus in continenti adiecto, actionem exempto vel præscriptis verbis dari. *l. 2. & ibi gl. C. pact. int. empt. & vend. l. rebus. C. rer. permut. cum simil.* Quare si nõ in continenti, sed ex interuallo, huiusmodi pactiones cõtractibus adijciantur, prædictæ actiones † locum non habent. *l. in bon. f. contractibus de pact.* Nunc constat ex literis reemptionis multo tempore post celebratã vẽditionem Caspar Wiederholt Sixto Iustinæ coniugibus redimẽdi gratiam fecisse. Quare cum ex interuallo hoc redimendi ius cõcessum sit, idq; in iudicio zu Ockerheim coram scultero, & testibus solenniter, putarem actum condict. ex stipulatione. Certa enim res est, quæ condicitur. *l. certi condictio vbi glos. & Bart. si cert. pet.* Posset etiam dici actum præscript. verbis.

5

An probata?

PRobatum vero sufficienter existimo. I. Per allegatas literas reemptionis, quibus ius retroemendi d. coniugibus, eorumq; heredibus concessum fuit. II. Ex propria appellantis confessione, scilicet, Caspari Wiederholdt/ cui facta est redemptio, & qui integrum pretium accepisse & Hauptverschreibung reddidisse, vbiq; in actis fatetur. Concludo itaq; probatum esse.

An Elisa?

VIdendum I. De exceptionibus Wiederholdt postea de grauamine & interesse interuenientis Elß Blimstein.

Quoad Wiederholdt ex actis primæ instantiæ patet, ipsum cæpto iam cum Colono suo iudicio interuenisse, & caussæ defensionẽ remoto Colono in se recepisse. Quod de iure facere potuit. Quoties enim illum, qui caussam inchoauit, non concernit negotium principale, sed tñ in consequentiam, tertium vero principaliter concernit, vt hoc nostro casu, scil. ratione ædificiorũ, tũc terti⁹ potest † ante & post litis contestationẽ impedire illũ agere, vel defendere. Exempla sunt. *l. sæpe re iudic. l. Titia. sol. matr. c. f. empt. & vend. Panorm. c. cũ super. n. 28. cum seq. Re iud. Bart l. si pro lusorio. §. 1. n 1. appell.* Excipit autem dupliciter. I. Quoad suam personã, se ratione ædificiorũ cũ actrice in tractatu concordiæ stetisse, & iã paratũ zu Raumen/ so baldt alß müglich. II. Excipit nomine Coloni, iniquum esse denselbigen so stümpfflich zu verwerffen/ vnnd daß Actrix schuldig sey den Haußleutten darauff wohnhafftig zc. referendo se desuper ad consuetudinem illius loci.

6

I. Exceptio, cum sit manifeste calumniosa, confutatione non habet opus. Fatetur enim ipsemet ad tollendam superficiem teneri eo casu, quo negaret. Hoc ipsum manifeste literæ reemptionis testantur. Vnde nec debuit in tollendo moram committere, cum fidem contractus ex pacto adimplere debuit *l. 1. pact.* Et contractus ex † conuentione legem accipiant. *l. 1. §. si conuenerit. Depos. c. contractus. R. iuris. num. 6. l. vt certo. §. nunc vidend. commod.*

7

Præterea, qui † ad factum se obligauit, aut illud, aut interesse præstare cogitur. *l. stipulationes non diuiduntur. vbi late Zas. num. 15. & 32. cum seq. V. obl. gl. l. 2. §. f. verbo item in facto. d. t.*

8

Altera exceptio non est omnino impertinens. Quamuis enim per redemptionem prædij, ius locationis colore, (quod à Wiederholdt habuit) exspirauerit, eo quod singularis † successor Colono stare non teneatur. *l. emptorem. C. locat. l. qui fundum. eod.* Quemadmodum è contra nec Colonus singulari successori *d. l. qui fundum in f.* possitq; resistentem Colonũ propria autoritate expellere. *gl. d. l. emptorem.* Hoc tamen † non procedit, quando Colonus iuris sui cõseruandi caussa resistit, veluti si expensas fecit in re conducta. Eo enim prætextu potest retinere rem, & emptori siue redemptori resistere. *l. Colonus in f. vbi gl. vi & vi arm. Bart. d. l. emptorem. nu. 7. & ibi Sal. nu. 3.* Sic in præsenti Colonus ratione meliorationum & messis, quia arua seminauit resistere potuit, vt impensæ restituantur. *Bald. loco. & n. citatis.*

9

10

Cæterum, quia iudices primæ instantiæ iudicarunt, vt expensarum & sumptuum nomine actrix, cum Colono transigere, aut conuenire deberet, eaq; sententia quoad actricem in rem iudicatam transierit, concludo, hanc secundam exceptionem esse irreleuantem, ex qua actrix acquieuit sententiæ prædictæ, & per consequens videatur cum Colono transigere velle. Porro, quod ad interuenientem attinet, serius excipitur, interuenientem eatenus locum habere, si ius tertiæ personæ idem sit cum iure, quod deductum est per principalem: si vero separatum sit, tertium audiendum non esse, sed nouam instantiam ad persecutionem iuris sui inchoandam.

Sed in p̃senti caussa adsertũ ius hereditariũ ipsius interuenientis nihil commune habet cum prætenso iure Caspari, ideo appellationẽ inter-

interuenientis fuisse se friuolam. *per l. sæpe. §. sed scientibus re.iud.l.pen.pet.heredit. l. is à quo R. vend.* Serius, inquam, excipitur, quia articuli positionales ipsius interuenientis iamdiu per interlocutoriam, 12. Iunij Anno 46. in secunda instantia admissi fuerunt, quæ sentẽtia cũ transierit in rẽ iudicatã & sic ius parti quæsitum sit, *c. intr. circ. f. re ind. Panor. c. dilectus. n. 17. arbitr.* Puto nos de iure interuenientis etiã cognoscere & determinare debere, iuxta. *l. de qua re iud.*

Cæterum cum iure singulari receptum sit, 11 tertium, qui † pro suo interesse à definitiua sentẽtia appellat, debere causam sui grauaminis exprimere, neque sufficiat dicere appello, *d. l. à sentẽtia ibi iustam causam appellat. vbi Bart. in f. Panor. d. c. cum super. n. 5. re iudic.* Videndum quas expresserit interueniens causas interesse sui in instrumento appellationis, & demum prosecuta sit. Præcipua autem ea est, quod sibi iure hereditario cõpetat ius pro dimidia parte ad prædium redemptum. Vnde appellatam nõ debuisse nec potuisse in solidum redimere.

Altera, quod in possessione litigiosi prædij fuerit, & sic propter possessionis cõmodũ ritè ꝓ suo interesse interuenerit. Et quantũ ad ius successionis attinet, illud satis probatum existimo. I. Quia filia reæ Iustinæ Ergo heres. II. Quia de legitima renũciatione interposito iuramento non constat, iuxta *c. quãuis ext. pact. ibi cõmuniter notant Canonistæ. Alex. Zas. l. stipulato hoc modo concepta. V. obl. dd. l. f. C. pact.* III. Propter autoritatẽ trium sententiarũ conformium, quibus declarata fuit hæres in omnib⁹ bonis vbicunq; sitis. Quare sequit̃ appellatam non habuisse ius in solidũ redimẽdi prædium Kellershals/ tametsi n. solutione integri pdij potuit à Wiederholdt sola totũ fundũ cõdicere. *Ias. d. l. stipulationes non diuiduntur. n. 21. V. obl. Paris. cons. 33. n. 47. & seq. vol. 1.* Partẽ familiæ erciscũdæ iudicio seruare debet. *ita text. l. fistulas. §. qui fundum. contrah. empt.*

Sed dubitationis est, vtrũ interuenienti aliqua actio ratione redemptionis competat? Quandoquidẽ in toto ꝓcessu nusquã apparet, partem pcij esse oblatam. Et traditur *l. Iulianus §. offerri act. empt.* quod actio cum effectu non cõpetat nisi pcio soluto. Licet n. ex communi dd. sententia actio quidem nata sit, tamẽ null⁹ 12 est actionis illius effectus. Cum obstet † exceptio precij non soluti aut realiter oblati. *Bald. in l. si trad. n. 3. C. act. ẽpt.* quę impedit de iure litis ingressum seu litis cõtestationẽ. *d. l. Iulianus. §. offerri. Ias. §. actionũ. n. 123. cũ seq. inst. act. Bald. d. l. si traditio. n. 3. Angl. §. æquo. n. 12. inst. except.* Et 13 omissa † in processu caussæ, potest adhuc in executione opponi, vt est communis dd. opinio. *Ita tenet Sal. l. duo. §. si quis. n. 10. iureiur. Alex. ibid. n. 3. & 4. vbi dicit cõmunẽ esse.* Idẽ dicit *Ias. ibid. n. 5. & 6. oẽs cõtra Bart. d. l. si quis.* qui tenet, quod post sentẽtiam in executione pdicta exceptio non soluti pretij opponi non possit, per rationem, qa cũ sit pemptoria exceptio non potest post sententiam opponi. *per leg. pemptorias. C. sentent. rescript. non posse.*

Sed ad ꝓpositum reuertendo, in pſenti casu interueniens, q̃uis sufficienter deduxerit, & ꝓbauerit, ius se habere ad rem redemptam, tñ cum effectu non potuit impedire factã totius pdij redemptionẽ, ex quo partem ptij non numerauerit, ad quod nunq̃ etiã se obtulit. Vnde cõcludo appellatæ intentionẽ elisam nõ esse, imo quod petit intus habet: pretium n. quod loco rei succedit habet, *l. qui in pretio vsufr.*

Alteram exceptionem sc. de possessione, vt manifeste falsam silentio ptermitto, referẽdo me ad copiã originalis obligationis p interuenientem pro rescissione cõclusionis 27. Febr. Anno 59. ꝓductam. Ex quo constat, pendẽte lite in prima instãtia huiusmodi ptensam venditionẽ celebratã inter ipsum & Wiederholdt *l. lite. C. litigios.* vbi etiã dicitur, quod per cessionem lite pendente factam, cedens non videtur liti motæ renunciare.

Videtur, ꝙ in principali casu ꝓnũciare non possumus p pallegatam per interuenientẽ excõmunicationis exceptionẽ, quæ in quacũq; parte opponi potest. *c. exceptionẽ except. c. pia d. l. in 6.* Excõmunicat⁹ † n. agere nõ potest. *c. intel-* 14 *leximꝰ except.* Puto tñ pd. exceptionẽ in nostro casu non obstare, nã licet illa † exceptio repel- 15 lat agentem, non tñ repellit defendentem. *d. c. intelleximus & d. c. significauerunt. eod. tit.*

Nunc in † proposito, ꝙ interueniens qui 16 venit ad impediendã executionẽ sentẽtiæ priorum iudicũ, actoris partib⁹ fungatur, ꝓbetur seqq. rationib⁹. I. Quia non inuit⁹ trahitur ad iudiciũ, sed vltro se offert, vt impediat. *text. l. inter stipulãtẽ. §. si stichũ V. obl.* Quia interueniẽs pro suo interesse ñ potest declinare forũ & petere se remitti ad iudicẽ suũ, sed sub eo debet litẽ ꝓsequi, coram quo se opposuit. *l. venditor iudic.* III. Quia repelli potest exceptione excommunicationis, vt quilibet alius actor. *Bart. d. l. de pupillo. §. f. num. 2. Noui op. nunc. Panor. in c. cũ inter n. 12. except.* vbi docet † quis sit Re⁹ 17 necessari⁹, quis voluntarius. Volũtario inquit obstat exceptio excõmunicationis, necessario non obstat. *Rom. cõs. 27. p tot.* IIII. Regulariter 18 is actor dicitur, qui de iure suo docere debet. *Bart. l. si prius. in pr. Nou. op. nunc.*

Neque obstat, quod † Reus excipiendo a- 19 ctor fieri dicatur. *l. in exceptionibus probat.* quia hoc verum est, quoad onus probandi, sed nõ est actor proprie, quia nõ petit sibi aliquid adiudicari, aut dari, aut fieri, sed intendit actorẽ repellere in totum, vel in partẽ petitione sua. *l. exceptio. except. ita Panor. d. c. cũ inter. n. 11. At hic interueniẽs aliqd sibi dari cõtẽndit.* Ergo cõcludo cum actoris partes sustinere debere referendo me ad

me ad prædictas rationes & *Anchor. conf. 233. in pr. Tholoß. quæst. 205.*

Pronunciandū itaq; in prioribus instantijs bene iudicatum, male appellatū, cū illa tñ appēdice. Z[illegible] ch soll hiedurch ermelter Appellatin an gebürli[illegible]n Orten jhre angemaßte Gerechtigkeit rc. für[illegible]halten seyn. Iuris n. est, ꝙ illud, in 20 quo quis † succumbit per modū exceptionis, possit iterū in iudiciū ordinariū deduci p modum actionis, nō obstante exceptione rei iudicatæ, nisi iudex exceptioné oppositā examinauerit & expresse reprobarit. *l. ꝙ in diem. §. si rationem cōpaſ. l. si autē. §. si quocunq; neg. gest.* Vbi Bart. *d. §. si quocunq; n. 2.* dicit, iudicem cautius facere, si dicat reseruato ei iure agēdi, cōtra talem in tali iudicio, allegat ad hoc text. opt. *in l. Zasius in f. pact. dotal. c. examinata indic. Panor. c. sicut. n. 12. sent. & re iudic.* dicit, ꝙ quando iudex ꝑpter ineptā petitioné absoluit, debet exprimere caussam, non sententiæ validitaté, sed vt appareat, an Reus sit absolutus, an obseruantia isti⁹ instātię, an vero simpliciter & in ꝑpetuum.

21 Pręterea, vbicunq; aliquid ius † ex deductis in iudiciū cōpetit parti, licet pars ignorer, potest & debet iudex ex officio suo supplere, quia illud sibi est notum & notorium, vt iudici. *Panor. c. Rainutius. n. 11. testam. alleg. l. 1. C. vt quæ de subaduoc.* Quare cū hic nobis costat, interuenienté nō rite ꝑ suo interesse appellasse, eo ꝙ ex alio iure venerit, qua fuit p actioné in prima instantia deductū, habere tñ ius ex ęquo & bono ad prædium controuersum, si legitime agat & iure ordinario experiat, concludo sub p̄dicta forma ꝑnunciandum esse, condénando appellantes hinc & inde in expensas omnium instantiarū. Quamuis n. Wiederholdt propter manifestā calūniam possit grauiori pœna puniri, *iuxta l. eos §. temere. C. appel. l. ab executore in f. C. quor. appell. non recipit. & p test. ordin. 14. 28. §. dazu dieweil lib. 2.* Possit etiam quoad interuenienté sententia reformari, scil. so fern interueniés parté pretij, wie sich gepühret / erlegē wirdt / daß sie als dan zu den streittigē Guettern rc. iuxta Bart. *d. leg. Iulianus. §. offerri in apost. Act. empt. 1.* vbi dicitur, ꝙ † exceptio, quæ vnà cū actione 22 nascitur, etiamsi nō opponatur, potest per iudicē suppleri. *Bart. l. si vnus. §. pactus. pact. Bald.* 23 *l. si potest in f. C. act. empti,* vbi dicit, ꝙ † iudex ex officio possit mandare agenti, vt soluat pretium, licet ad hoc nō sit actum, cū sit quoddammodo connexū actioni. *Iaſ. §. actionū. n. 127. cū seq.* vbi dicit valere talē sententiam: *condemno venditorem ad tradendam rem emptori, precium emptore soluēte.* Vide omnino Iaſ. Ego tñ prioré formam hic sequendam concludo.

De Attentatis.

Nihil attentatum est. Facta enim redēptione, & traditis literis, possessio † redempti 24 prædij statim in redemptoré trāslata fuit. *l. 1. C. donat. Bart. d. l. Labeo in f. pact.* adeo vt alia apprehensione opus non fuerit, & ꝙ instrumentū in præsentia fundi traderetur. *Zaſ. e leg. l. possideri. nu. 12. acquir. poſ.* maxime si possessio sit vacua (scilicet si non possideatur à tertio) quo casu facta traditio locum non haberet. *Zaſ. d. l. possideri. nu. 13. & l. 1. §. si iusserim. nu. 11. inf. eod. t.* Quoniam igitur ex actis plane perspicuum est Wiederholt pretiū redēptionis accepisse & vltrò instrumentū reemptionis reddidisse, sequitur, ꝙ eo ipso possessionem amiserit, queadmodū etiā † dominium ipso iure oblato pretio in venditoré transit, secundū quosdā. 25 *Castr. l. si cum venderet. per illū text. verbo vendicare. pignor. act. Schurff. conf. 10. per tot. n. 16. cent. 1. cū alleg. ibid.* Moderni tamē tenent contrarium, nimiū oblato pretio dominiū nō ipso iure retro transferri in venditoré sine noua traditione, vt videre est *per Alex. cōſ. 10. vol. 1. per tot. vbi dicit eam opin. communem. C. mu. Alex. tenet. Curt. sen. conf. 12. per tot. Zaſ. conf. 12. n. 34. cum seq. vol. 1.* De colona nullū est dubium cum illa habitare, nō possidere debeat. *l. si duo §. cum inquilnus vti possid. l. si quis domū l habitatores locati. l. si quis ante. acquir. poß. Alex. conf. 51. n. 5. in f. vol. 1.* Præterea quia ficta redemptione ius eius expirauit, cū singularis † successor non teneatur stare Colono. 26 *d. l. emptorem. C. locati.* Concludo non attentatum, referendo me etiam ad exceptiones appellatæ ob articulatum libellum attentatorum, & vt dominus referens de ijs nullam mentionem esse faciendam.

Sententia.

In Sachē Caspar Wiederholdts vñ Elß Bimstein Wittib Appellanten eines / gegen vñ wieder Dorotheam von Braumeneck / weilandt N. N. Bimsteins Wittib Appellatin anderstheils iure Appellationis, ist N. sein begeren in der Supplication pro rescissione Cōclusionis den 27. Febr. jüngst einkōmen / alß vnerheblich abgeschlagē / sondern lässt man es bey vorigem Beschluß bleibē / darauff vnd allē Vorbringen nach zu Recht erkandt / dz durch Richter voriger Instātz wohl geurtheilt / vbel dauō appelliert / vñ die Appellātē jhr d' Appellatin die Gerichtskostē an diesem Kays. Camergericht aufgelauffē / nach Rechtlicher ermessigung zu entrichtē vñ zubezahlē; Ferners auch dē Kays. Fiscal jhres freuentlichen mutwilligen Appellirēs halben in Pœn 4. Marck lötigs Silbers zu condemniren seyn / alß wir sie auch hiermit von Ampts wegen darzu condemniren vnd verdāmen.

DECI-

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM CAMERÆ IMPERIALIS SYNTAGMATIS II.

DECAS II. VOTVM I.

In Caussa Felicitæ Ronnbergerin/

Contra

Hartman von dem Holtz.

In puncto appellationis in materia transactionis.

SVMMARIA.

1. *Appellationis beneficium, vt non deducta deducantur non probata probẽtur, magnum & fauorabile est.*
2. *Actio non datur ex nuda transactione, sed tãtum exceptio. & ratio ibid.*
3. *Verbis generalib. omnia comprehenduntur, si absit dolus aduersarij, si bona fide super generali transactione actum sit.*
4. *Læsus in diuisione hereditatis experitur iudicio familiæ erciscundæ.*
5. *Dolus dans caussam transactioni, vitiat eam ipso iure.*
6. *Vsuræ in bonæ fidei iudicijs veniunt à tempore moræ.*
7. *Transactio est terminus & finis litium.*
8. *Exceptio nõ numeratæ pecuniæ in transactione locum non habet.*
9. *Mater est legitima filiorum tutrix, habet liberam à lege administrationem, potestq́, vtiliter in vtilitatem transigere pupillorum.*
10. *Pœnitentia non habet locũ, etiam re integra, in transactione.*
11. *Dolus dans transactioni caussam, annullat eã ipso iure.*
12. *Præsentia amicorum omnem metus præsumptionem tollit.*
13. *Volenti non infertur dolus aut metus.*
14. *Metus non præsumitur.*
15. *Metus ex solis minis non probatur.*
16. *Petitioni hereditatis non præscribitur, nisi 30. annorum spacio.*
17. *Dolus non probatur ex diuturnitate & lapsu temporis, sed liquidissime.*
18. *Qualitas caussæ principalis ad dolum arguendum non sufficit.*
19. *Dolus præteritus censetur per subsequentem transactionem remissus.*
20. *Læsio enormissima dolum in se continet.*
21. *Deceptus vltra dimidium iusti pretij in trãsactione, an possit beneficio. l. 2. C. de resc. vendit. petere restitutionem.*
22. *Sententia & transactio à pari procedunt.*
23. *Sententia prætextu cuiuscunq́, læsionis nullo modo retractari potest.*
24. *Transactio quasi transitus est actionis.*
25. *Transigere idem est, quod ab actione discedere.*
26. *Iuramentum & transactio æquiparantur.*
27. *Iuramentum non retractatur, etiamsi quis in totum læsus sit.*
28. *Transigentes & remittentes dubium litis euentum non possunt dicere, se deceptos propter incertitudinem eius, quod tempore transactionis remissum.*
29. *Aduocati quando asserunt aliquem esse læsum vltra dimidium iusti pretij in transactione, referunt se semper ad valorem & æstimationem dubij euentus litis. Quod ventilatur in vtramq́, partem. ibid.*
30. *Remedium l. 2. de resc. vend. locum non habet in transactione, nisi dolus ex proposito vel calumnia euidens interuenerit.*
31. *Transactio non valet, si adsit consilium fraudis vel euidens calumnia.*
32. *Volenti non infertur dolus.*
33. *Restitutio non datur ob modicam læsionem.*
34. *Modicum dominium Emphyteotæ, vel Colono, canonis vel pensionis remissionem non præstat.*

IN

IN NOMINE Domini. Amen.

SVBMISSVM super admissione grauaminum. Excipitur, quod acta primæ instantiæ sint articulata, rursum in secunda contra ius & ordinationẽ imperij: ideo grauamina nõ esse admittenda. Hanc exceptionem non solum releuantem, sed etiam veram esse puto, vti ex relatione constat. Quicquid de dolo, fraude, minis, metu, verecundia muliebri, & euidenti calumnia aduersarij hic in grauaminibus articulatur, illud itidem in primis actis, & quasi ad nauseam ab aduocato deductum, repetitum & recoctum fuit. Et licet magnum & fauorabile sit † beneficium appellationis, vt non deducta deducantur, non probata probentur. *vulg. l. per hanc. C. temp. appell.* tamen in præsenti casu nihil noui deduci aut probari poterit, eo quod appellatrix alios testes, quam eos, quos in prima instantia produxit, producere nequeat.

1

Concludo cum D. Refer. grauamina non admittenda, causam pro conclusa acceptandã, & pronunciand. definitiue secundum allegata & probata.

Procedendum igitur ordine consueto.

1. Videndum de actione.
2. An probata?
3. An elisa?
4. Quid pronunciandum?

De Actione.

ACtor solum innititur transactioni. Constat autem ex † nuda transactione non dari regulariter actionem, sed tantum exceptionem. *l. siue ad acta & ibi gl. verbo pacto. C. transact. d. l cum mote. C. eod. t. Azo in summa eod. t. n. 12.* Ratio, quia actori superest vetus actio, ad quã redire potest, quia primæua actio per transactionem nõ est sublata, neq; extincta. Illud tamen non obtinet, si stipulatio conuentioni siue transactioni adiecta sit, vel aliâs pactum nudum vestitum sit cohærentia contractus. Primo nã q; casu ex stipulatione actio competit. *d. l. cum mota. l. si pro fundo. C. transact. Azo vbi supra nu. 2.* altero datur præscriptis verbis *alleg. iurib.* In nostro casu quidem nulla interuenit stipulatio, sed cũ actor ex sua parte adimpleuit transactionem, tradendo donum. Imo sola liberatio vim traditionis in trãsactione obtinet *Bart l. sub ptextu. C. transact. n. 5. cũ seq.* puto actũ præscriptis verbis ad obseruandam transactionem. *d. l. cũ mota d. l. si pro fundo.*

2

An probata?

CIrca probationem laborare non oportet, cum propter instrumentum transactionis, actis insertum, tũ propter propriam Reæ confessionem, quæ initam transactionem & vigore eius totam se donum accepisse fatetur. Igitur de exceptionibus videndum.

An Elisa?

VArias exceptiones accumulauit Rea, ad subuertendam & rescindendam transactionem. I. Quod generalis transactio omnium bonorum paternorum præcesserit, ideo secunda specialis non valet. II. Quod res, super qua, nunquam fuerit in rerum natura. III. Quod absentibus, & eorum tutoribus transactum sit, & super eorum bonis, sicq; super re aliena. IV. Quod dolus & metus superuenerit. V. Quod enormissime læsa fuit.

Quod ad 1. de generali transactione attinet, dubium nullum est, generalem trãsactionem in omnibus transigentib. etiam ignotis, quando est generalis petitio & generalis transactio desuper facta, tunc omnia veniunt, de quibus etiam tẽpore transactionis nõ fuit cogitatum. Sub † verbis enim generalibus omnia cõprehenduntur, si absit dolus aduersarij, si bona fide super generali petitione generaliter transactum sit. *text. l sub ptextu. vbi Sal. n. 2. & communiter dd. C. transact. l. tres fratres. Pæn. gl l. si de causa vers. quæstionibus. transact.* vt in generali transactione super administratione tutelæ, *prout declarat Ias. d. l. sub pretextu in pr.* Sed in casu nostro falso allegatur, generalẽ transactionẽ præcessisse, quia non transactio, sed cõmunis hereditatis diuisio facta fuit. Aliud n. est diuidere hereditatẽ, aliud desuper transigere. Læsus † in diuisione experiri poterit iudicio fam. ercisc. aut communi diuidundo. *l. 1 C fam ercisc. l. si maior. C. com. diuid. in transact.* læsus etiam enormiter acquiescere debet, vt sit finis litiũ. *l. 1. & 2. C. transact.*

3

4

Quare illa exceptio falsa est & impertinens. Secunda exceptio plus momenti habere videtur, eo quod in totis actis de petita summa, nusquam appareat. Imo ex Chyrographo, & editis rationibus Hartmanni de contrario liquido apparet, solutionem sc. eius pecuniæ, quod d. Hartman. à patre suo acceperat, factam esse. Sed nec illa obstat. I. Quia iustitia & iniustitia causæ principalis in transactione non attenditur; si non adsit dolus ex proposito dans causã contractui, quo casu non valeret transactio ipso iure, seruata tamen distinctione dd. *d. l. sub pretextu. C. transact.* Nam cũ transactio sit contractus similis iuris. *Bart. d. l. sub ptextu. n. 6.* distinguit, vt si interposita sit super contractu bonæ fidei, sortiatur naturam eius contractus vt sc. dolus † dans causam huiusmodi transactioni, vitiet eam ipso iure. *l. & eleganter dolo.* Secus si interposita sit super contractu stricti iuris, quia tunc dolus non vitiat ipso iure, *ita Bart. d. l. sub pretextu n. 5. cum seq.* Et ibi Ias. *n. 1.* dicit eam opinionem communiter approbari, & habet magnum effectum quoad vsuras, & in-

5

6 & interesse, quæ in bonæ fidei † iudicijs veniunt à tempore moræ. In stricti vero iuris contractibus demum à tempore litis contestatæ *vt not. Iaſ. l. ſi maior. n. 2. C. transact. l. cum fundus. ſi cert. pet.* ſed quia moleſtationibus facti poteſt tranſigi, valet tranſactio non ſolum ſuper lite pendente, verum etiam futura, quæ de facto & extra iudicium oriri poterat, & non de iure *l. 2. C. transact. dd. ibid. l. in ſumma cond. in deb.* Non eſt neceſſe, vt pendeat lis in iudicio, ſufficit ſuſpicio futuræ litis extra iudicium de facto prout conſuluerunt *Alex. conſ. 41. n. 69. & conſ. 217. n. 5. vol. 6. & conſ. 47. n. 17. vol. 1. Pariſ. conſ. 3. n. 24. vol 4.* Satis igitur fuit, quod actor putauit, ſibi aliquod iuris competere ratione diuiſionis, quemadmodum adſeuerat, & ſic ſuſpicio litis futuræ validat tranſactionem, alias tranſactio non eſſet † terminus, neq; finis

7 litium *l. fratris. C. transact.* Exceptio tranſactionis eſt litis finitæ, impediens litis ingreſſum. *l. nā & poſtea vbi Bart. iureiur. d. l. fratris. Schurf. conſ. 32. n. 5. cent. 1.* Si enim prætextu instrumentorum de nouo repertorum, non reſcinditur tranſactio, niſi quatenus dolo aduerſarij celata fuerint. *d. l. ſub prætextu d. l. in ſumma.* Ergo multo minus reſcindi debet, ſi nullum in contrarium producat inſtrumentum.

Nam rationes editæ & chirographum exhibitum, nihil ad confutandam & elidendam intentionem actoris principaliter faciunt. Contendit enim ille 400 thal. non 100 mutuo datos, & in ſocietatem à patre collatos eſſe. Tertio aut ſciuit Rea tempore tranſactionis de rationibus, id quod veriſimile eſt, cum iam per annos 20. & eo amplius mortuus fuerit, & ſibi imputauerit, cur tranſigerit: aut nō ſciuit, & facultas probationis emergens nō viciat factam trāſactionem. *d. l. ſub prætextu. l. ſub prætextu ſpecierum. C. transact.* Quarta quia ex-

8 ceptio nō † numeratæ pecuniæ in tranſactione locum non habet *text. l. ſi transactioni. C. non num. pec. Iaſ. l. quamuis. n. 3. C. transact. Innoc. c. grauis depoſit.*

Tertia exceptio ſimiliter non obſtat, tum quia mater filiorum legitima tutrix fuit, &

9 ſic † liberam à lege adminiſtrationem habuit, potuitq; vtiliter in rem pupillorū tranſigere. *l. præſes. C. transact. & ibi Bald. nu. 5 cum ſeq. dd. l. pactū curatoris. C. pact.* tum quia non tam tutorio, quam curatorio nomine tranſigit, vt pacē filijs ſuis redimeret, & ſe à moleſtatione & iactatione actoris liberaret. De ſuo n. peculio, non ex patrimonio filiorum, pactam pecuniā exſoluere promiſit: ſi huius promiſſi eam nūc pœniteat, nihil hoc actori obeſſe, neq; tranſactionem initam rite reſcindere poterit, cum in tranſactione, licet cōtractus ſit innominat⁹. *Bartol. l. ſiue apud acta. nu. 21. C. transact. Iaſ. ibid. n. 8. per text. l. 1. §. 1. verbo tranſigendi pact.* non

10 habet, etiam † re integra, locum pœnitentia *l. quamuis & ibi Sal. & Iaſ. in pr. & communiter dd. C. transact. Iaſ. d. l. fratris. n. 5 eod. t.* Idq; iure ſingulari fauore litium minuēdarum receptū eſt. *l. ſi pro fundo C. transact. d. l. fratris.*

Quarta exceptio in theſi releuantiſſima eſt. Nam in iure expeditum eſt, dolum dantem

11 † tranſactionem in cauſam, annullare eam ipſo iure, ſeruata tamen *Bart. diſtinctione d. l. ſub prætextu vbi dd. & Sal. n. 3.* Idem eſt, ſi metus interuenit. *l. interpoſitas. C. transact.* ſed in hypotheſi, nil horū probatū eſt, aut etiam probari poteſt, tū propter præſentiā amicorum, quæ

12 omnē † metus præſumptionē tollit. *l. transact. vbi Bald. in pr. C. transact.* tum quia ex dictis teſtium de contrario conſtat, qui vno veluti ore deponunt de ſpontanea & libera tranſactione Reæ daß die darumb gebette/ Quomodo igit de dolo, metu & minis excipere poterit? Volenti

13 n. non fertur † dolus aut metus. *l. cū donationis. C. transact. gl. d. l. in ſumma, verbo non poſſe.* Metus

14 † non præſumitur. *l non eſt vidend. Quod met. cauſa. Ruinus conſ. 132. n. 2. vol 1.* vbi docet, quomodo metus probetur.

Non obſtat quod actor importune ſummā

15 petitam exegerit, quia ex ſolis † minis nō probatur metus. *l. metum. C. quæ met. cauſa fiunt. Bald. & dd. ibid. in pr.* Et metum præſentem accipere debemus, non ſuſpicionem inferendi eius, vt ait ICtus. *l. metum quod metus cauſa.*

Non obſtat quoque taciturnitas actoris, quod per 17 annos, & eo amplius tacuerit, tū quod petitioni hereditatis non præſcribatur,

16 niſi † 30 annorū ſpacio. *d. l. 1. hereditas, vbi Caſtr. in pr. Pet. heredit. Bald. l. licet. n. 5. C. in. de liber.* ſicut nec actori fam. erciſc. communi diuid. *l. 1. §. nemo itaq. C. annale præſcript.* Tum quod ex

17 diuturnitate † & lapſu temporis dolus non pbetur. Sed liquidiſſimę probationes requirantē *l. dolum. C. dolo. l. & elegāter. §. f. ff. eod.* nec ſufficit

18 † ad vim vel dolum arguendi qualitas cauſæ principalis. *d. l. interpoſitas. §. f. C. transact.* Imo etiamſi dolus ante tranſactionē interueniſſet, ſi tū cauſam dedit dictæ tranſactioni, ſi non in ipſa tranſactione adhibitus fuit, valebit nihilo-

19 minus tranſactio, quia † dolus præteritus cenſetur per ſubſequentem trāſactionem remiſſus. Idq; maxime obtinet in generali remiſſione, vt noſtro caſu, q̄ non ſolum excedit dolum præteritum, ſed trahitur ad omnia, tollitq; oēs obligationes, per quas poſſet veniri cōtra trāſactionē factā. *gl. ſing. l. actione. verbo transactū. C. trāſact. Iaſ. ibid. n. 11. Alex. cōſ. 42 n. 13. vol. 1. Pariſ. conſ. 96 n. 72. vol. 1. per text. l. 1. C. plus petit.*

Concludo itaque neq; dolum, neque metum, neque minas ex parte agentis probatas eſſe.

Quinta exceptio de enormiſſima læſione ad

20 conuincendū dolum pertinet, nam † talis læſio in ſe dolum continere videtur, *iuxta not. d. l. ſi ver-*

si verba. cum l. seq. pro socio Canon. c. quinta Valleis iuremur. sed nec illa in præsenti casu obstat. I. Quia de tali læsione hic non constat quod requiritur. *c. 1. c. cũ ex literis, vtrobiq; Panorm. in int. restit. Paris. d. cons. 96. nu. 67. cum seqq.* vbi multa ad hoc allegat. Oportet igitur enormissimam læsionem probare, vt dixi, hic tantum abest, vt sit probata, vt etiam de contrario constet. Deinde etsi constaret de enormissima læsione, tamen rescissioni non foret locus, cum ex communiore & veriore dd. opinione *l. 2. C. resc. vend. in transact.* locũ non habeat. Deceptus vltra dimidium † iusti pretij in transactione non potest beneficio *d. l. 2.* petere restitutionem contractus. Et quanquam in vtraq; partem mirifice cõflictentur dd. negatiua tamen verior magisq; communis est. Hanc tenet gl. *c. cum causa empt. & vend. verbo dimidiam. Alc. l. quamuis C. transact. Paris. cons. 96. n. 60. vol. 1. Ruinus cons. 132. n. 3. vol. 1.* Et pro hac opinione est text. *l. Lucius. §. fin. ad Trebel.* vbi læsus in quadruplo nõ restituitur in integrum aduersus transact. Ad idem fac. *d. l. 1. C. plus petit.* vbi etiamsi dolose plus petitum, & super eo transactum sit, seruanda est transactio. Huius opin. rationes quam plures sunt. *vt cogn. in repet. d. l. 2. C. resc. vend. n. 74. potiss. autẽ n. 5.* I. Quod singulare hoc in transactione receptum sit, vt semel litium finis sit. *d. l. fratris C. transact.* II. Quod à pari procedant † sententia & transact. *l. post rem re iudic.* Atq; † sententia nullo modo retractatur prætextu cuiuscunq; læsionis. *l. peremptorias. C. sent. resc. non posse. l. sub specie. C. re iud.* Ergo nec transactio. III. Quia transactio est actus liberatorius. Dicitur n. transactio quasi transitus † ab actione. *Bart. l. siue apud acta. nu. 22. C. transact. Ias. in rubr. eod. t. n. 2.* Nã proprie actor transigere † dicitur, hoc est, ab actione discedere, *vt not. gl. l. 2. C. transact. verbo transegisse. Ias. ibid. n. 7. & communiter dd. Bart. d. l. siue apud acta. n. 22.* Sed in actu liberatorio non habet locum remedium, *l. 2. vt notant dd. locis allegatis. per l. sub prætextu specierum C. transact.* IV. Quia iuramentum & transactio æquiparantur † *l. 2. C. iureiur.* sed iuramentum non † retractatur, etiamsi quis in totum læsus sit. *l. non erit. §. dato iureiur.* Ergo nec transactio. V. Quia transigẽtes † & remittentes dubium litis euentum. *l. ꝙ debitor. de pecul.* nõ possunt dicere, se deceptos propter incertitudinẽ eius, ꝙ tempore transactionis remissum est. *p l. 1. C. de pact. l. si ea lege. C. v. sufr. Alex. d. cõs. 42. n. 11. vol. 1. Paris. d. cons. 96. n. 58. vol. 1.* Nam id, ꝙ incertum est, in dubio litis euentu positũ, nõ recipit certã æstimationem ad rescindendũ ex beneficio *d. l. 2.* considerari debet æstimatio rei, quæ fuit tẽpore ipsius cõtractus, *vt notant cõmuniter dd. d. l. 2. & 1. test. l. si voluntate eod. t.* Cũ igitur quis trãsigit super re dubia & incerta, quando postea deceptionem vltra dimidium iusti precij allegare poterit.

21 22 23 24 25 26 27 28

Bart. tamẽ affirmatiuam tenet. *d. l. 2. n. 7.* quod sc. transactio rescindi possit beneficio. *d. l. 2.* Si probatur læsio vltra dimidium iusti pretij, partim inspecto, quantum valeret, vel potuisset vendi ius transigentis, in dubio illo litis euentu, hoc est, non inspecto vero valore rei, sed dubio litis euentu, quantum in illo dubio litis euentu valeret. *Bart. sequuntur Angl. d. l. Lucius in 2. Castr. ibid. n. 3. Rom. d. l. si quis cum aliter in 4. Soc. sen. cons. 85. n. 3. vol. 1.* vbi dicit, hanc opin. videri communem & in iudicando ab ea non recedendum: quia fraudibus obuiat, & admonet auocatos, vt sint cauti in articulando, quando † adserunt, aliquem esse læsum vltra dimidiũ iusti pretij in transactione, vt referant se semp ad valorem & æstimationẽ dubij euentus litis. Hanc cautelam etiam ponit Angl. *d. l. Lucius. §. fin. Inn. ibid. circ. f. sibi contrarius in d. c. cum causa. Calderinus cons. 3. t. de transact. per to. Dec. cons. 203. n. 4.* vbi fatetur, hũc articulum [illegible] e dubiũ, & fœdere distinctionis opiniones concordari posse. Secundum Corn. *cons. 27. vol. 4. & cons. 166. n. 11. vol. 1.* vt si magnus sit excessus vltra dimidiũ iusti pretij, ꝓcedat opin. Bart. & aliorum affirmatiua: si modic⁹, vera sit opinio negatiua. Facit pro opin. Bart. text. *l. si supstiti. C. dolo.* sed certe prima opinio negatiua verior est, & cõmunior per express. text. *d. l. Lucius. §. f.* Vnde Bald. *d. l. 2. n. 3. dicit.* Bart. opinionem esse erroneam. Alc. *d. l. quamuis. n. 7. C. transact.* Cõmentitiam vocat, Zas. *d. l. si quis cum aliter. n. 20.* ait, Bart. sine lege loqui. Et reuera ita se res habet. Quomodo enim dubius euẽtus litis æstimari poterit, cum ea, quæ dubia sunt, incerta æstimari nequeant. Imo dubius euẽtus, quo pacto probari possit per testes, ita Ias. *d. l. si qs cum aliter. num. 15.* perplures rationes Zas. ibid. ꝙ & Innoc. *d. c. cum causa. n. 13. de act. empti fatetur.* Et quis adeo fatuus esset, vt rem litigiosam, nõ multo minoris propter dubium euentũ emat, vt inquit *Alc. d. l. quamuis.* Certe vere cõmentitia mihi videtur Bartoli opinio & sequaciũ, sequitur igitur gl. Bald. & aliorũ opin. in locis supra citatis. Remedium † ergo. d. l. 2. locũ nõ habere in transactione, præsertim si requisita in trãsactione interuenerint, sc. quod transactio inita sit super dubia lite præsente, & quæ timetur futura. *l. 2. C. d. t. transact.* Item dato hinc inde, vel retento aliquo inter partes. *l. 1. de transact.* Item quod nec vere, nec præsumptiue dolus ex proposito, vel calumnia euidens interuenerit. Nam si adsit consilium fraudis, vel euidens calumnia, transactio † absque dubio non valet, etiamsi sine beneficio. *d. l. 2. text. d. l. in summa. cond. indeb. d. l. sub prætextu. C. transact. vt supra, in 2. & 4. except. d. est.* Secus si dolus tãtum reipsa, id est, enormis læsio inciderit. *dd. d. l. si quis cũ aliter per ill. text. in f.* Istis tribus requisitis concurrentibus litiũ minuendarum fauore, alijsq; de causis supra

29 30 31

enumeratis, puto Bal. aliorumque opinionem in iure verissimam. Quod si aliquid horũ vtrũ desit, putarem nõ quidẽ beneficio. *l. 2. transact.* rescindi posse, sed ob defectum requisitorũ per iura alleg. Et hanc distinctionem quoq; Zas. *d. cons. 18. n. 16.* tradit. In nostro casu ex prædd. patet, hæc requisita omnia interuenisse. Transactũ in supra extraiudiciali molestatione actoris, & timore futuræ litis, siue illa molestatio iusta siue iniusta fuerit, dummodo absit dolus ex proposito nil curatur. *d. l. 2. vbi dd. C. transact. d. l. in summa. d. l. sub prætextu.*

Qui quidem dolus, neq; vere, neq; præsumptiue ex enormissima læsione ꝓbatus est. Imo de voluntate Rex transigere volentis ex dictis testium clarissime constat. Volenti † autem nõ infertur dolus. *d. l. cũ donationis. C. transact.* Atqui dolus, qui reipsa incidit, hoc est, enormis læsio, de qua *d. l. si quis cum alter.* non attenditur, neq; de eo quoq; constat, quod requiritur, vt dixi. Ob modicam vero † læsionem nõ detur restitutio, quia de modico nõ curat prætor. *l. scio illud vbi gl. verbo summam iniunct. restit. cum cõcord.* quemadmodũ modicũ † dominiũ Emphyteusæ, vel Colono Canonis vel pensionis, remissionẽ non præstat. *l. 1. C. iu. Emphyt. Ias. ibid. latiss. l. si merces. §. vis maior loc.* Item tota domus ex transactione ad ream peruenit. Itaq; ex his omnibus concludo, initam transactionẽ valere, & sententiam à qua, exceptionibus nõ obstantibus, confirmandam esse. Et quamuis transactio, partim confirmari, partim rescindi, pro ea, scilicet, parte quæ vitiosa est, possit. *text. l. pen. & ibi gl. verbo firmis. Sal. ibid. nu. 11. C. transact.* tamen id in præsenti non obtinet, cum de nullo dolo, metu vel calumnia euidenter appareat.

32 / 33 / 34 (margin numbers)

Concludo ergo pronunciandum, bene iudicatum, male appellatum cum refusione Expensatum, ex illa clausula generali, *victus victori &c.* Saluo &c. Pronunciatum, grauamina non admittenda, bene iudicatum male appel. Cum expens. Publicata 3. Aprilis. Anno. 65.

DEC. II. VOTVM II.

In Caussa Adolps von Lohe/ *Contra* Quirin von Ockershaussen & Consortes.

Transactionis super repudiata hereditate, item contumacia.

SVMMARIA.

1. *Maritus etiam sine mandato speciali vxoris, ad litem venit.*
2. *Filij hereditatẽ paternam repudiare possunt.*
3. *Hereditas qualibet repudiatione tollitur.*
4. *Sui & necessarij, licet iure ciuili heredes efficiantur, tamen iure pretorio abstinendi beneficiũ habent.*
5. *Beneficium abstinendi se hereditate, introductum est in fauorem filiorum, non in eorum odium.*
6. *Repudiatio duob. modis fit, tacite & expresse.*
7. *Repudiatio an per hæc verba inducatur, non sum heres, vel, nolo adire.*
8. *Deliberare medium est inter adire & repudiare.*
9. *Dicens non sum heres, vel non adeo, non repudiat hereditatem, quia deliberare adhuc potest, & habetur potius pro deliberante, quam pro repudiante.*
10. *Verba nolo accipere, an inducant repudiationem.*
11. *Repudiatio hereditatis expressa fit in iudicio oretenus, vel in scriptis & etiam extra iudicium coram testibus in scripturam publ. redacta.*
12. *Præsentia Iudicis omnem defectum supplet.*
13. *Pupillus sine tutoris auctoritate paternam hereditatem repudiare non potest.*
   Heredes tenetur ad solutionem æris alieni. ibid.
14. *Filij iuris præsumptione heredes sunt.*
15. *Contrectans res hereditarias, pro herede se gerit, & hereditatem adit.*
16. *Heres proprie dicitur, qui re & nomine heres est.*
17. *Heres quis non præsumitur, nisi declarauerit voluntatem suam.*
18. *Contra filium vt patris heredem si agitur, & ipse neget, agenti incumbit onus probandi.*
19. *Creditores indistincte aditionem probare tenentur.*
20. *Ius adeundi hereditatem est ius quærendi nõ quæsitum.*
21. *Ius adeundi hereditatem non est in bonis nostris.*
22. *Ius adeundi hereditatem qui habet, locupletior non dicitur.*
23. *Claues non ponens ad monumentum defuncti, an censeatur hereditatem animo adijsse.*
24. *Consuetudo probanda est.*
25. *Creditores indistincte aditionem probare debent.*
26. *Filius potest hereditatem paternam repudiare, & in paternam adire.*

27 Bo-

27 *Bonorum separatio in repudianda & adeunda hereditate fieri potest.*

28 *Probatio adita hereditatis difficilis est, quia non tam facti quam animi est.*

29 *Aduersus cōtumacem, qui nunquã comparuit, vel in iudiciũ venit, quomodo procedatur.*

30 *Filius heres patris præsumitur in dubio, iuris præsumptione.*

31 *Contumacia est delictum, quod puniri debet.*

32 *Delinquentium quam obedientium melior conditio esse non debet.*

33 *Contumacia manifesta maiori pœna plectẽda quam tacita.*

34 *Iudex non potest aliquem mulctare propter contumaciam amissione totius caussæ.*

35 *Processus in Camera contra contumaces.*

36 *Contumax regulariter pro præsente habetur, item pro negante vel confitente, secundum quod est ei maius præiudicium.*

37 *Possidens arcem defuncti, præsumitur hereditatem eius adijsse.*

38 *Possessio domus non constituit heredem, sed animus.*

39 *Non comparens vigore mandati pœnalis, in pœnam mandati condemnandus est.*

40 *Iudex Cameralis auctoritatem suam pœnalibus mandatis tuetur.*

41 *Citatus ex quacunque caussa, comparere cogitur.*

42 *Ius hereditatis est successio in omne ius, quod defunctus habuit.*

43 *Pars ab vno herede repudiata, alteri etiam inuito adcrescit.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVOAD iurisdictionẽ & nullitates nihil desidero. Disputationem illam de ineptitudine libelli, tanquam ineptam silentio prætermitto. Maritus enim tanquam Curator suæ vxoris ad litem venit, eamque † hoc pacto prosequitur, vt ex mandato constitutionis videre est, idque de iure, etiam sine mandato speciali vxoris facere potest *l. maritus 2. & ibi communiter dd. de procurat.* atque ita quotidie in Cam. obseruatur. Notat quoque Mynsing. *obs. 53. cent. 3.* Videndum ergo De Actione. Actum autem puto certi condictione ex transactione iuxta *l. si quis certum. si cert. pet.*

An probata?

BReuiter concludo, probatam esse per instantiam transactionis, sigillatam & tacitam reorum confessionem. Igitur de elisione dicendum.

An Elisa?

REi, vt dixi, debitum non diffitentur, sed se heredes Wilhelmi von Dornbeck/ debitores esse negant. Idq; per instrumentum repudiationis, quod in originali producunt. Notissimi autem iuris est, quod † filij possint repudiare hereditatem paternam.

De emancipatis dubium non est, quia quælibet hereditas repudiatione † tollitur, *l. si qui acquir. heredit. & l. 1. C. repud. heredit.* sui & † necessarij licet iure ciuili heredes efficiantur, tamen abstinẽdi beneficiũ à prætore habent, *l. necessarijs. acqr. vel repud. hereditat. §. sua autẽ inf. inst. her. qual. & differ. leg. 1. C. si minor ab hered. se abstin. l. qui se patris & ibi Bart. n. 2. C. vnde liberi l. si filius q patr. l. & ibi cõmuniter dd vulg. & pup.* vbi etiam incola *n. 2.* ꝙ quidem abstinendi † beneficium in fauorem filiorum non eorum odium introductũ est, *d. l. si filius q patri & ibi Bart. n. 1. Imo. n 5. Ias. n. 8.* Fit autẽ † potissimum duobus modis repudiatio. Tacite & expresse. Tacite per lapsum temporis statuti ad acquirendam hereditatẽ. Expresse, si quis deliberate vtatur verbis denotantibus repudiationem, de quib⁹ pleniss. Angl. & Alex. *l qui se patris C. vnde liberi* vbi dd. cõmuniter materiã repudiationis tractant. An † autem per hæc verba inducatur repudiatio, *non sum heres*, vel, *nolo adire*, dubitari solet. Gl. sing. *d. l. si quis patris, verbo negat*, concludit, ꝙ non, quam cõmuniter dd. sequuntur. Ratio, quia inter † adire & repudiare est mediũ sc. deliberare *l. fin. §. fin autẽ dubius. C. iu. deliber. Angl. in repet. d. l. qui se patris. n. 2.* Vnde † q dicit, *non solũ heres*, vel *non adeo*, eo ipso nõ dicitur repudiare hereditatem, q̃a deliberare adhuc potest, & habetur potius pro deliberante, quã repudiante. *Alex. d. l. q se patris. n. 5 fac. text. l celsus. §. f cum l. seq. C. arbitr.* vbi illa verba † nolo accipere, non inducunt repudiationẽ. Ad idem est text. *l. q̃a poterat in. l ita tamẽ. §. si patron⁹ ad Trebell.* ibi patet, ꝙ post illa verba, *nolo adire*, potest heres mutata voluntate sponte adire, & quartam detrahere, ꝙ facere nõ posset, si intelligeretur repudiasse. Ita declarat Alex. *d. l. q se patris n. 5. & seqq.* Prędicta limitat Angl. *d. l qui se patris.* & ꝙ dicta verba, *nõ sum heres*, vel *nolo adire*, nõ inducãt repudiationẽ, nisi in dato termino ad deliberatẽ respõdendũ, quis ꝓferat d. verba, q̃a tunc intelligit̃ repudiare, ne dicat̃ obscure respõdere, & aduersarium reliquisse in incerto: allegat ad hoc *l. de ætate. §. nihil iuris. de interrog. actiõ.* Et ita limitat *l. filij. §. 1. ad Tertull.* vbi fili⁹, qui dixit, se nolle adire hereditatẽ, potest intra annũ pœnitere, re integra, hereditate ab alio nondum adita.

Porro † expressa repudiatio non solum fieri potest in iudicio oretenus, vel in scriptis, verũ etiam extra iudicium corã testibus. Vtilius tñ est si in scripturã redigatur, & per notariũ coram testibus publicetur adhoc, vt facilius probari possit. Ita tradit Mar. *l. is potest. n. 95. Acqr.*

heredit. Ergo putarem tutissimã esse repudiationẽ quæ fit in iudicio. Nam præsentia iudicis
12 oẽm defectum supplet, adeo quidem, vt † pupillus sine tutoris autoritate hereditatẽ patris repudiare possit. *l. pupillorũ. & ibi pulchre Bald. n. 1. C. repud. heredit.* Cum igitur in hoc nostro casu præsentib' scabinis & testib. corã Not. in optima forma hereditati paternæ & soceri renunciatum sit, tãtisper pro instrumento repudiationis præsumendum, donec aditio in contrarium probetur.

Videndum igitur, an ea probata sit. Et actor contra instrumentum repudiationis replicat, illud scil. esse inualidum & in fraudem creditorum confectum. Reos vero heredes esse, hereditatem adijsse, bona omnia mobilia, & immobilia ex æquo diuisisse, atque distraxisse.
13 Si heredes, dubium non esse, quin † ad solutionem debiti paterni teneantur. Nam quod hereditas eos obliget æri alieno, plus quam manifestum est. Ita inquit text. *l. more acquir. heredit. l. 1. si certum petatur. fac. l. cum a matre. C. Rei vend.* nisi inuentarium confectum sit. *l. fin. §. sin autem. C. in. delib.* Ad probandum vero Reos heredes esse actor duobus potiss. nititur
14 fundamentis. 1. Quia † filij, ergo iuris præsumptione heredes. *l. cum ratio. bon. damnat. l. ex facto. §. fin. ad Trebell. gl. l. 1. verbo ob eam rem. C. si minor ab heredit. se abstin.* 2. Quia
15 † contrectando res hereditarias pro heredibus se gesserunt & hereditatem adierunt, *l. pro herede. l. gent. acquir. heredit.*

Quoad primum, illud necessario non concludit, quia ex eo, quod filio delata sit hereditas patris, non est probata intentio hereditariorũ creditorum, nisi probetur, filium se immiscuisse quoq; hereditati, maxime quãdo filius neget, se heredem patris vt hoc casu. *Alex. l. si cũ dotem. §. transgrediamur. n. 10. sol. matrim. & ibi communiter dd.* Et ꝙ dicitur, *si filius*, ergo *heres*, verũ est, quantũ ad nominationẽ, nõ quãtum ad cõmodum vel incõmodum, nisi se immisceat. *Ita gl. necessarijs. vers. teneantur, acquir. vel omit. heredit. & c. gl. l. 1. vers. ob eam rem, C. si min. se heredit. abscin.* Et ita filius nomine quidẽ heres est, sed nõ re, nisi se immisceat, & sic im-
16 proprie est heres. Proprie † enim heres dicitur, qui re & nomine heres est, prout dicit *Bald. l. si non speciali. n. 7. C. testam. fac. l. pro herede. §. Papinianus acquir. heredit.* Itaq; licet heres sit, ta-
17 men nõ præsumitur heres, nisi declarauit † voluntatem suam. *Bald. l. si cum dotem. §. transgrediamur. sol. matrim.*

Quoties igitur agitur cõtra filium, vt patris
18 heredem, & ipse neget, agenti † incumbit on' probandi ipsum heredem & hoc propter beneficium abstinendi, de quo *in d. l. necessarijs. Ita Angl. d. l. si cum dote. & ibi Imo. in pr.* vbi dicit, si agens hoc non probet, succũbere debet tanquam non probans caussam defensionis sui.

Indistincte enim creditores † aditionem pro- 19
bare tenentur. *gl. sing. d. l. si cum dote. verb. extitit. & ibi Alex. n. 10. in f. & Imol. qui communem dicit. Bart. d. l. necessarijs. n. 1.* vbi quærit, an intentio creditorum sit probata contra filium, nisi filius probet se abstinuisse, & concludit ꝙ non. Non ergo filius abstentionẽ, quia sola cõtradictio sufficit, sed creditores aditionem ꝓbare debent. *d. iuribus.*

Concludo igitur primum actoris fundamẽtum nil releuare, neq; concludere, quia nõ sequitur, *Est filius*, Ergo *heres cum effectu*, vt d. est. Præterea ius † adeundi hereditatẽ est ius 20 quærendi non quæsitum, *vt not. Bart. in l. is potest acquir. heredit. & ibi Mar n. 271. Alex. l. precia rerum. n. 3. ad l. falcid.* quia nil acquisiuit, nisi effectualiter adeat. Hinc dicimus † ius adeũ- 21 di hereditatem non esse in bonis nostris. *Mar. d. l. is potest. n. 271. vbi alleg. Bald c. 1. §. iniuria. col. 2. vers. & nota. part. iuram. firm.* Vnde & illa cõclusio infertur quod is, qui habet † ius adeũdi 22 hereditatem, non dicatur locupletior *per d. l. precia rerum. & ibi Bart. in pr.*

Quo ad secundum actorum fundamentum illud validissimum est, si probatum esset. Quẽadmodũ enim repudiatio, *vt d. est*, ita & aditio quoq; duobus potiss. modis fieri dicitur, tacite & expresse. Tacite fit, quando quis animo agnoscit hereditatem, licet nihil hereditarium attingat *l. gent. de requir. heredit.* Expresse, quãdo quis declarat animum suum, verbis aut factis, ꝙ velit esse heres. *l. pro herede. §. Papinianus. in f. d. t.* alterum horum probatum esse oportet. Sed breuiter concludo, horum nihil ꝓbatum esse. Contrectatio enim rerum hereditariarum: Item diuisio & venditio allegata quidẽ sunt, sed non probata. Prout enim multa circa ius hereditatis fieri, vt si quis pietatis gratia quid faciat, *prout not. d. l. pro herede.*

Non obstat consuetudo eius loci, quod repudiare nolens hereditatem defuncti, claues in die tricesimæ ad monumentum † ponere 23 debeat, idque quia à reis factum non est, censetur hereditatem animo adijsse. *d. l. gerit.* quia talis consuetudo † probata non est, quod re- 24 quiritur, cum sit facti. *c. 1. const. in 6.* quæ non præsumuntur, nisi probentur. *l. in libello. §. facta capt. & post reuers.*

Non obstat etiam, ꝙ de fraudis suspicione & instrumento illegalitate objiciunt, quia dolus & fraus probari debent, id quod factum non est. Præterea posito, instrumentum repudiationis inualidum & defectuosum esse, tamẽ in præsenti nil obstaret, quia sufficit sola contradictio. Satis est quod filius neget, se heredem esse. Nam indistincte creditores aditionem † probare debent. *Angl. Im. Alex. d. l. si cum dotem. §. transgrediamur. sol. matrim. Bart. d. l. necessarijs glos. d. l. 1. C. si im. heredit. abst.* 25

Nam obstat postremo, quod bona materna in d.

26 in d. instrumento reseruata sint, quia † illa nil commune habent cum bonis paternis. Potest n. filius repudiare hereditatem paternã & maternam retinere. Casus est *l. cum bonis acquir.* 27 *vel omit heredit.* sic fratri permittitur † separare bona fratris impuberis à paternis. *l. si filii⁹ ꝗ patris & ibi Immo. n. 2. vulg. & pup. & cõmuniter dd.*

Quare cõcludo actori, rescissã cõstitutione, probationem aditionis iniungendam, & articulos conclusionibus 13. Ianuarij. Anno 61. exhibitis insertos ad probandum admittẽdos, quos facile meo iudicio ꝓbare poterit, si illos in testes producit, in quorũ præsẽtia aditionẽ, diuisionemq; bonorum factã in duplicis *n. 29.* adseueraverit. Regulariter autẽ aditæ heredi-28 tatis † probatio difficilis dicit. *l. 2. & 3. de interr. act.* quia nõ tam facti, quam animi est, *vt inqt Ictus d. l. pro herede.* cum in nuda voluntate cõsistat. *§. fin. inst. heredem qual. & differentia*, ideo prætor edictum de interrogat. proposuit, quia sciebat difficile ei esse, qui heredem bonorũq; possessorem conuenit, probare, eum esse heredem, bonorumque possessorem, quia plerunq; difficilis aditæ hereditatis probatio est, *d. l. 2. de interr. act.* Et hactenus ad Zugkwolffen/ eiusq; vxorem comparentes.

Nunc de Quirino von Ockershaussen contumace dicendũ. Quo pacto procedẽdum sit contra contumacẽ, qui nunquã cõparuit vel 29 in iudicium † venit, traditur *in ord. p. 3. t. 43. §. 4.* Nam primo decernendum proclama. 2. Lis ꝓ cõtestata accipienda. 3. Articuli ad probandũ admittẽdi. 4. In causa pronũciandum. Aliter procedit cõtra eũ, qui citatus cõparuit, & post litis cõtestationẽ cõtumax efficitur *vt traditur in ord. p. 3. t. 15. §. 7. per text. c. 2 confess. lib. 6. c. null⁹ præsumpt. l. si filius. l. 2. & ibi Bart. interrog. act.*

Videndum igitur an hic legitimo modo cõtra Ockershaussen contumacem ante litis cõtestationem processum sit, ita vt definitiue ꝓnũciare possimus. In protocollo iudiciciali inuenio 17. April. Anno 59. proclama decretũ, litẽ pro cõtest. 8. Maij. anno eod. acceptatã sigilla pro recognitis 7. Iunij año eod. habita, & tandem 17. Martij in contumaciã conclusum esse. Hic nihil in processu desidero, nisi quod articuli actoris in contumaciã ad probandum non sint admissi.

Putarem tamen eo non obstante, contra eum definitiue pronũciari posse. I. Quia nulli articuli exhibiti, sed loco probationis instrumentum transactionis in originali exhibitũ, cuius sigilla in contumaciam pro recognitis acceptata sunt. II. Quia per d. instrumentum transactionis allegatum debitum liquidissime 30 probatũ est. III. Quia iuris præsumptione † in dubio filius heres patris præsumitur. *gl. d. §. vt autẽ verbo parentes auth. vt hi qui oblig. Bald. c. 1.* 31 *n. 1. an fil. aut agn.* IV. Quia † contumacia est delictum, quod puniri debet *l. contumacia & ibi Zas. n. 5. Re iudic. gl. l. 1 §. fin. verbo meram pænam si quis ius dic. nõ obtẽp. & ibid. Alex. n. 17. & cõmuniter dd. fac. l. si plures tutelã in f. & ibi gl. adm. tutor.* V. Ne melioris conditionis sit contumax, quam obediens contra *l. properand. § sin autem ex gestis. C. de iudicijs & contra text. express. in c. contingit dolo & contum.* non † enim melior de-32 bet esse conditio † eorum, qui delinquunt, quam eorum, qui obediunt *gl. d. c. cõtingit verb. melioris. fac. text. l. 3. §. 1. don. int vir. & vxor.* VI. Quia nõ est ficte, sed manifeste cõtumax, nam citatus ad reassumẽdã causam respõdit citanti, se nolle comparere. *Alex. d. l. properand. §. sin autem reus. Bart. l. f. in int. restitutione.*

Non obstat doctrina Bald. *d. l. si cum dote §. transgrediamur in pr.* ꝙ fili⁹ contumax nõ possit condẽnari, quantumuis creditorum intentio sit probata, quia etiã eo casu creditores aditionem probare debẽt, secundum magis communem opin. quam doctrinam expresse sequitur Imm. *d. §. transgrediamur in pr.* vbi dicit cõmunem. Et pro ea opin. facit, ꝙ iudex † nõ possit 33 aliquẽ propter contumaciã mulctare amissione totius causæ. *gl. sing. d. l. 1. § f. vers. hoc iudiciũ, si qs ius dic. nõ obtemp. & ibid. Alex. n. 8.* vbi dicit, gl. illã perpetuo notãdam. Idem tenet Bald. *l. & in multis. n. 3. C. de appel.* vbi dicit, illud procedere etiam accedente periurio.

Ad vtrunq; argumentum breuiter respondeo, quod seruatis sollennitatibus in ordinat. requisitis, contra cõtumacem definitiue procedi possit, idq; quotidie in Camera fieri certũ est. Et alias de iure cõi post litis contestationẽ cõtra cõtumacẽ definitiue procedi potest. *d. l. ꝓperand. §. sin autẽ reus & ibi gl. verb. ventilatur.* At quoniã hîc lis pro contestata acceptata, cur permittẽre ordin. definitiue ꝓnũciare nõ possemus? Maxime cõtra euidẽtẽ & manifestã voluntatẽ. Cũ regulariter cõtumax † pro ꝑsente 34 habeatur, in sui præiudiciũ. *text. in auth. qua in prouincia in f. & ibi Bald. C. vbi de crim. agi oportet. gl. l. de vno quoq; Re iud. Mar. p. 6 t. de contumacia. n. 28.* Item pro negante vel cõfitente, secũdum ꝙ est ei maius pręiudiciũ *text. & dd. d. l. de ætate. §. qui tacuit inter action. Mar. vbi supra. n. 30. fac. c. 2. confess. in 6.*

Accedat, ꝙ arcem † defuncti possidere dicat. 35 Nam ex eo ꝑsumit hereditatẽ adijsse. *Bald. c. 1. n. 14. an fil. vel agn.* Et licet possessio † dom⁹ he-36 reditariæ nõ cõstituat ipsũ heredẽ, sed anim⁹. *l. ꝓ herede. l. gerit acqr. heredit. l. 1. C. repud. heredit.* tñ hoc non ꝓcedit, si inueniat meliorẽ partẽ hereditatis possidere. *Bald d. c. 1. n 14. an fil⁹ vel agn.* Cũ igit oẽs ꝑsumptiones iuris cõtra se habeat, & legitimus ꝓcedẽdi ordo contra cõtumacẽ vigore ordinat. obseruat⁹ sit, putarẽ mea opinione, saluo dñorum iudicio, nos ex ꝑdictis definitiue ꝓnũciare posse. Quod si dñis aliter visũ fuerit, velintq; actori probatione aditionis, etiã quoad Ockershaussen cõtumacem, in-

iungere, vel rescissa ex officio cõstitutione ꝓnũciare, so fern D. Peter formaliter bittẽ wirdt/ daß gehört werde/ vnd ferner darauff ergehen wz Recht ist/ non refragabor. Et cum non comparuit vigore mandati pœnalis, sed prætoris † autoritatem contempsit, necessario in pœnam mandati cõdemnandus est. Potest enim iudex † autoritatem suam pœnalibus mandatis tueri *l. 1. in pr. si quis ius dic. non obtemp. & ibi Alex. n. 17.* vbi remissiue docet, an valeat præceptum iudicis, quo mandat, vt quis compareat sub tali pœna & defectu eius præcepti. Et regulariter ex quacunque caussa citatus † comparere cogitur. *l. ex quacunq. si quis in ius voc. non ierit.* Ad interesse quoque condemnandus venit à tempore inchoatæ litis, & in expensas. Porro quoad Zuckwolff compensarem expẽsas propter iustam litigandi caussam, nimirum exhitũ instrumentum repudiationis. Saluo &c.

37 38 39

Sententia.

IN Sachen Adolpsen von Lohe/ Clägern eins/ wieder Quirin von Ockerßhaussẽ/ vñ Zuckwolffẽ Beclagten anderstheils/ ist der Beschluß den 17. Martij verschienen 61. jhars beschehẽ/ So viel Zuckwolffen betriefft von Ampts wegen rescindirt/ vnd die den Conclusionibus einverleibte Articul zu beweissẽ hiermit zugelaßen/ aber obgemeltẽ Quirin võ Ockerßhaussen Beclagten/ ist zu Recht erkandt/ das er jn die Pœn deß Kays. Mãdats zu condemniren/ darzu jhme den Clägern die angeforderte Schuld laudt vñ inhalt deß versiegeltẽ Vertrags für sein theil sampt den gebührlichen Interesse, nemlich funff von 100. von Zeit angefangener Rechtfertigung/ auch die Gerichtskosten an diesem Kays. Cammergericht auffgelauffen zu entrichten vnd zu bezahlen schuldig sey/ alß wir jhnen hiermit condẽnieren vñ verdammen/ vñ solches alles in contumaciam.

Motiua sententiæ.

RAtio cur pro sua quota Ockerßhaussen tãtum condemnatus sit, fuit, quod de repudiatione Zuckwolffen coheredis adhuc dubitaretur. Casu quo probetur dubium non est, quin dictus Ockerßhaussen in solidũ condemnãdus sit. Nemo enim pro parte heres esse potest. Nam hereditatis ius, scil. succedendi, est indiuiduum. Est enim successio † in vniuersum ius, quod defunctus habuit. *l. nil aliud V. sign.* Vnde † pars repudiata alteri coheredi etiam inuito accrescit. *t. t. C. quãdo non petent part. text. l. vn. §. in his itaq. C. ead. toll.* Poterit itaque actor casu, quo non probat aditionem ab Ockerßhaussen etiam residuum petere. Atque ita concluserunt mecum domini in euentum.

40 41

DEC. II. VOTVM III.

In Caussa Pierij Kinder Vormundtschafft/ Confirmationem beschehener Theilung belangendt.

De confirmanda transactione inter matrem & tutores inita. Item de confirmanda rerum immobilium alienatione.

SVMMARIA.

1 *Iudex non solum ad petitionem partium contractum informare potest, sed ad hoc etiam tenetur.*

2 *Auth præterea C. vnde vir & vxor, vt habeat locum, quæ concurrere debeant.*

3 *Maior 25. annis si nubat, exheredari non potest.*

4 *Nubens viro clarissimo & in dignitate constituto, adeoq. locupleti, inuito patre, exheredari nõ potest, quin pater ad dotandam filiam officio iudicis compelli potest.*

5 *Et in casu intestati fratres eam ad successionẽ paternorum bonorum admittere tenentur.*

6 *Inopiam allegare non potest, qui diuitem habet parentem.*

7 *Filius viuente patre quodammodo dominus rerum paternarum est.*

8 *Vidua an vigore transactionis, vel absq. ea vestes pretiosas, annulos & aureas catenas, defuncto marito, contraria voluntate eius non apparente, retinere possit.*

9 *Maritus vxori vestes quotidianas & vsu necessarias donasse videtur.*

10 *Secus est in vestibus pretiosis & ornamẽtis vxoris, siue iocalibus.*

11 *Iocalium & pretiosarum vestium traditio nõ sapit donationem, nisi de contrario constet.*

12 Ve-

12 *Vestes pretiosa & ornamenta uxoris, soluto morte viri matrimonio, heredibus restituenda sunt, nisi de donatione appareat.*

13 *Tutores res pupillorũ administrare debẽt utiliter, & licet liberã rerũ pupillariũ administrationem habeant, donare tamen non possunt.*

14 *Alienatio rerum pupillarium fieri non potest, nisi post interpositionem decreti, & facta ipso iure nulla est.*

15 *Alienatio rerũ pupillariũ atq; causa necessaria praecedente fieri non potest, & facta nulla est.*

16 *Alienatio rerum pupillarium, dotis & aris alieni nomine permissa est.*

IN NOMINE Domini. Amen.

DVO tutores petunt. I. Confirmationem transactionis initæ cũ vidua D. Pierij. II. Interpositionem decreti, super alienatis reb' immobilibus liberorum & pupillorum præfati D. Pierij.

Quod ad 1. attinet, dubium non est, quin 1 iudex non solum ad petitionem † partium, contractum informare possit, sed quod ad hoc etiam teneatur. *l. si quis spartaneos. C. decurion. lib. 10 & ibi Bart. n. 2. & Plat. eod. n. ut supra latius dixi voto....* ubi de effectu eius confirmationis. Quod accipiendum puto, si talis contractus non tendat in præiudicium tertij. Vnde enim causæ cognitione cõfirmatio fieri debet.

Videndum ergo in præsenti, *an tutores cum vidua transigere potuerint, & eo modo, quo inita est transactio, & a nobis plene confirmanda sit?* Quantum ex narratis supplicationis colligere possum, videntur tutores se super auth. *ꝓterea. C. unde vir & ux.* fundasse: eo quod matrimonium contractum sit sine dote, & relicta vidua propter nuptias patre inuito cõtractas ab eodem exheredato, & sic inops sit: quo casu superstiti uxori inopi ex dispositione d. auth. *ꝓterea* quarta pars hereditatis defuncti mariti, vel virilis, pro numero liberorum debetur.

2 Animaduertendũ ergo † an simus in terminis d. auth. *preterea.* Castr. rei *in pr.* ponit tria requisita. 1. Quod matrimonium contractum sit sine dote. 2. Quod defunctus erat diues. 3. Quod superstes inopia laboret, ita ut non habeat, unde viuat. Quæ omnia obtinent etiã in marito, qui sine donatione ꝓpter nuptias cõtraxit matrimoniũ, si uxor ꝓdefuncta erat diues, & iste pauper. *text. §. cũ vero, in f. Auth. regr. reis.* unde desumpta est d. Auth. præterea. Idem tenet gl. d. auht. *preterea, verbo dote & ibi Alex. n. 6. in f. & communiter dd.*

Quod ad 1. requisitum attinet, etsi nulla dos à patre data sit, de quo tamen nobis tanquam iudicibus nondũ constat, attamen nunc defuncto parente à fratribus non solum dotem, sed etiam integram legitimam exigere & petere potest, vel per querelam inofficiosi, si testatus decesserit parens, & ex hereda ta sit, vel ab intestato petitione hereditatis. Vtroq; casu vel à fratribus excludi non potest. Cùm quod 3 maior † 25. annis nupserit, & sic exhereditari non potuerit. §. *si vero usq;. auth. ut cum de appell. Auth. etsi post. C. inoff. testam.* tum quod non 4 indigno viro, sed † clarissimo & in dignitate constituto, adeoq; locupleti nupserit. *Alex. cons. 209. n. 3. cum seq. vol. 6. Decis. Tolos. 129. cum pulchra apost. ibid.* Nam tali casu pater viuens compelli officio iudicis potuisset ad do5 tandam filiam, quanto magis † præsertim in casu intestati fratres tenebuntur eam ad successionem bonorum paternorum admittere. *d. decis. 229. dd. l. 1. sol. matrim. in §. fuerat inst. action. Curt. sen. cos. 27. per tot.* Deest ergo ꝑmũ requisitum, & per consequens tertium. Nam si actionẽ habet ad consequendã integram legitimã, ꝓ nomine regionis inops dici nõ potest.

Et posito, primum & secundum requisitum adesse (de secundo non est dubium) tamen ultimum deficeret, sc. prætensa & allegata inopia, eo quod patrem habuit & prædiuitem. Nam ex doctrina Alex. & aliorum in d. auth. 6 *preterea* inopia allegare non potest, qui † diuitẽ habet parẽtẽ, licet Dec. ibid contrariũ sentiat. *Alexandro adstipulatur* Raph. Cuman' *l. in suis n. 8. lib. & posth.* per rationem illius Leg. ꝙ filius 7 uiuente patre quodammodo dominus † rerum paternarum sit, & alias rationes, ubi supra.

Quare cõcludo deficientibus requisitis nos in terminis d. auth. *ꝓterea*, nõ esse, & sic ex hoc capite confirmationi locum dare non posse.

An ergo ex dispositione *L. hac edictali. de secundis nupt.* confirmatio peti possit: Breuiter cõcludo ꝙ non. Nullum n. vel post matrimoniũ pactũ de lucranda donatione ꝓpter nupt. factũ est, imo ne donatio quidẽ ante nuptias, vel ꝓpter nuptias cõstituta. Igitur ex hoc fundamento nihil iuris in bonis defuncti mariti habere potest, nec existat in contrariũ aliquid statutum, vel cõsuetudo loci. Incidẽs quæstio 8 est, an vigore † allegatæ transactionis vel absq; ea vestes ꝓciosas, annulos, & aureas catenas, quarũ fit mẽtio in dicta transactione retinere possit, cũ cõtraria volũtas defuncti mariti nõ appareat? Quod ad vestes quotidianas, & usu necessarias attinet, res caret scrupulo, ꝙ in du9 bio † maritus uxori tales vestes donasse videat, 10 *l. in rebus. §. post. cõmod.* Secus tñ † est in vestib' pretiosis, & ornamentis uxoris siue iocalibus, ut dd. loquuntur. *l. si vir ex lana. don. int. vir. & ux. d. l. utrũ. & l. id vestimentũ pact. Bart. l. si pen. & seruus uxoris nu. 2. sol. matr.* ubi dicit, se ita pluries consuluisse, & ibid. pulchra apostilla Rom *cons. 148. per tot. Ancor. cos. 181. n.* utrobiq; cõmunem dicũt *Bart. d. §. seruus.* ꝙ sc. traditio 11 talium † iocalium & preciosarum vestium nõ sapiat in dubio donationẽ. Secus si de contrario

rio constet, quo casu talis donatio morte mariti confirmatur, *vt per Bart. & Rom. loco alleg.* In præsenti ergo, si nõ appareat de donatione 12 huiusmodi ornamenta † & vestes pretiosæ nõ cedent lucro vxoris, sed soluto matrimonio morte viri heredibus restituẽda sunt, vt cõcludit Bart. *vbi supra. & Ancor. d. consf. 181. in f.* Ergo neq; ex hoc capite cõfirmari poterit trãsactio, & perspicuum eã magis in fauorem viduę, quã 13 pupillorũ initam. Tutores † res pupillorũ administrare debẽt vtiliter. Nam licet liberã administrationem rerum pupillariũ habeant, & vicẽ dominorũ gerant, attamẽ donare nõ possunt, quia donatio est extra administrationem. *l. 1. Tut. & rat. distrah. dd. l. pactam curatoris. C. pact. l. filius fam. donat. & ibi Rom. in pr.*

Quod ad secũdam petitionem tutorum attinet, interpositionem decreti super alienatione domus & horti post factum, quæritur cõsilium. Ante enim alienationem & traditionẽ earum rerũ ista petitio † fieri debuisset. 14 Quod quia factum non est, sequitur huiusmodi alienationem ipso iure nullam esse. *tit. Rebus eorũ qui sub tut.* Accedit, quod nulla hic adsit alienandi caussa. Hereditas nullo ære † alieno 15 grauata est, ob quam potissimum caussam alienatio permitti solet, *l. ob æs alienum. C. præd. & al. rebus minor.* Licet etiam dotis † nomine 16 alienatio permissa sit, & ob similem necessitatem, *vt not. gl. d. l. ob æs alienum, verbo alienum. gl. l. lex qua verbo in dotem. C. adm. tut.* Cum ergo in præsenti rerum immobilium alienatio sine caussa alienationis, nullaque subsistente legitima caussa facta sit, concludo petitionem tutorum simpliciter reijciendam. Saluo &c.

DECAS II. VOTVM IV.

In Caussa Herman Stoß Appellantis, *Contra* Bendic Jüden Actorem & Appellatum.

De condict. certi, ex mutuo.

SVMMARIA.

1. *Iudæi habent ea, quæ sunt ciuium Rom. & corã Christiano iudice agere & conueniri debent.*
2. *Iudæis perinde iustitia est administranda, vt Christianis.*
3. *Iudæi maiore odio digni sunt quam Christiani, & quandoq; à regulis æquitatis excluduntur.*
4. *Obligatio mutui re contrahitur, & traditione rei perficitur.*
5. *Emptio cõtrahitur simul atq; de pretio cõuenit.*
6. *Contractus, qui re contrahitur, ex rei traditione substantiam accipit.*
7. *Sidera à cœlo potius cadunt, quam vt in obligationibus, quæ re contrahuntur, in plus, quam datum sit, contrahatur.*
8. *Actio ex mutuo vt competat, numerationem pecuniæ factam esse necesse est.*
9. *Numeratio præsumitur facta ex cõfessione & temporis transcursu.*
10. *Ex cautione priuata dupliciter agi potest, ex cautione, & ex mutuo.*
11. *Scriptura priuata post biennium in mutuo fidẽ facit contra scribentem, & numerationẽ pͬsupponit intra bienniũ, nisi opponatur exceptio.*
12. *Idem & multo magis in scriptura publica.*
13. *Scriptura publica inducit probationem verã, manifestam, euidentem & realem.*
14. *Instrumentum dicitur probatio probata, vera, euidens & manifesta.*
15. *Iudæorũ contractus cũ Christianis fieri debet corã eo magistratu, sub quo agit, & domicilium habet Christianus: si secus fiat, obligatio nulla est.*
16. *Leges & constitutiones futuris negotijs formã dant, non ad facta pͬterita reuocãtur, nisi nominatim de præteritis aut pendentib. cautum sit.*
17. *Verbum Hinfürter tractum futuri temporis habet.*
18. *Instrumentum falsum est, à quo remouentur verba & mens contrahentium.*
19. *Cõfessio debitoris sola absq; literarũ obligatione facit, vt conuenitri is possit, & condemnari.*
20. *Cõfessio nõ est inuẽta a iure, vt sit modus inducendæ obligationis, sed vt per eã pͬbetur inducta.*
21. *Præscriptiones longi temporis non inducunt obligationem, sed probant eam inductam.*
22. *Vincula duo fortius ligant, quam vnum. Confessio debiti à reo facta, & obligatio a testib. probata, plenam probationem faciunt debiti.*
23. *Pro instrumento regulariter præsumitur, donec contrarium probetur.*
24. *Obligatio non omnis solutione tollitur.*
25. *Obligatione sublata nulla competit actio, sine qua nemo experiri potest.*
26. *Exceptio solutionis opposita ante litis contestationem, impedit litis ingressum.*
27. *Exceptio non numeratæ pecuniæ, intra biennium opposita reijcit probationem in creditorem.*
28. *Debitor post biennium probare debet, non esse numeratam pecuniam.*
29. *Exceptio non numeratæ pecuniæ, probanda est à debitore post biennium, ante lapsum biennij à creditore.*

30 Ne-

30 *Negatiua, si est fundamentum intentionis, probanda omnino est.*
31 *Ex confessione sola absq; literarũ obligatione quis condemnari potest.*
32 *Exceptiones ad protrahendam tantum caussam excogitata, non sunt attendenda.*
33 *Iudex maleficijs litigãtium obuiare debet, & caussas dirimere, litesq; minuere.*
34 *Iuramentum suppletorium, in vim probationis Iudæo deferri non potest, nec vsurario, aut alijs personis vilibus.*
35 *A testimonio quoties quis repellitur, multo magis à iuramento suppletorio.*
36 *Testis in propria caussa nihil valet.*
37 *Iudæ⁹ a testimonio repellitur, q̃a infamis est.*
38 *Iudæus cõtra Christianũ nõ potest testificari.*
39 *Infidelis nullius testimonium dicere potest cõtra fidelem.*

IN NOMINE Domini. Amen.

IVDÆI habent ea, quæ sunt Ciuium † Romanorum, & coram Christiano iudice agere & conueniri debent. *l.1.& l.si qua C.Iudæis.* Igitur ijs perinde, atq; † Christianis iustitia administrãda est, licet maiori † odio digni sint, & quandoque à regulis æquitatis excludantur, *prout not. c. Iudæi. test. c. non potest. 2.q.7. gl. c. 2. verb. iuris seueritate Iudæis*, quam sequuntur communiter dd. Id refert. Ias. *l. admonendi n.264. de iureiur. cũ alleg. ibi d.* de quo infra latius. Cõsiderandę sunt igitur nobis magis caussę qualitates, quã personę, hoc est, an Iudęus iustitiam foueat, & inprimis de Actione dicendum.

De Actione.

ACtum puto condictione certi speciali ex mutuo. *gl. l. certi condictio verb certi, si cert. pet. & ibi Bart. Bellon⁹ §.1.nu.3. inst. quibus modis re contrah.*

An probata?

OBligatio † mutui re contrahitur, & traditione rei pficitur. *inst. d.t. l.2. §. appellata. si cert. pet.* In alijs cõtractibus, qui cõsensu cõtrahuntur, licet res quoq; interueniat, tñ ex solo cõsensu pfectionẽ accipiunt, etsi res nõ tradat̃. Nã emptio † cõtrahitur simul atq; pretio conuenit. *§.1. inst. empt. & vend.* Et sic de reliquis. Sed † cõtractus, qui re cõtrahitur, ex rei traditione substantiã accipit, nec oritur actio ante traditionẽ. *t. t. instit. qbus modis re contrahit. l. obligamur. obl. & art. dd. l. rogasti §. si tibi si cert. pet.* vbi dicunt, potius posse cadere sidera à † cœlo, quã vt in obligationibus q̃ re contrahuntur, in pl⁹ contrahat̃, quã datũ sit. Quod expresse scribit Ictus. *d. l. si tibi dece de pact. l. cũ vltra. C. non num. pec. Bellon. d. §.1. n.4 & 5.* Quapropter necesse est, numerationẽ † pecuniæ factã esse adhoc, vt actio ex mutuo cõpetat, pſertim in mutuo naturali. *d. §. & 2 d l.2. & appell.* Licet in literarum obligatione, (quã Dd. *l. si ex cautione. C. nõ num. pec. & d. l.2. & d. §.1.* mutuũ ciuile appellant) ex lapsu bienni ciuili obligationi etiam naturalis accedere videat̃, ppter pſumptionẽ † numerationis, q̃ ex cõfessione & tẽporis trãscursu inducitur. *Bald. & dd. d. l. si ex cautione.*

Ad pbandam igitur hãc numerationẽ actor pducit ein schuldverschreibung/ in quo reus numerationem & debitũ 140. Flor. fatetur, daß er actori 140. Flor. so jhnen zu seinen handen geschlt/ schuldig sey/ certũ † est, q̃ ex cautione priuata agi potest dupliciter, vno modo ex cautione, & sic ex obligatione literarũ. *d. §.1. inst. qb. mod. re contrah. d. l. si ex cautione.* Alio modo ex mutuo, & tunc Chirographũ inducitur ad pbandũ. *l. aduersus. C. non num. pec. Angl. d. §.1. n.3. Salic. d. l. si ex cautione. n.11.* Hũc posteriorẽ modũ actor elegisse videtur, vti ex libello constat.

Porro producit actor tres quoq; testes, qui vno veluti ore deponunt, Reum in præsentia duorũ testium debitũ confessum esse. Hæc cõfessio etiam in scripturã meo iudicio publicã, adhibitis duobus testibus sub sigillo Magistratus eius loci, secundũ consuetudinẽ regionis, redacta est, quã scripturã actor, ad pbandum suam intentionẽ, iudicialiter exhibuit. Si igitur priuata scriptura † maxime post biennium in mutuo fidem facit, contra scribentem. *d. §. 1. inst. literarum oblig. l. in contractibus. C. non num. pec. l. fideiussor. 2. §.1. Pignor* & numerationẽ pſupponat intra biennium, si nõ opponatur exceptio. *Sal. d. l. si ex cautione. n.30.* Quanto † magis publica scriptura. *l. optimã. C. contrah. & cõmitt. stipul. l. cum precibus. C. probat. vbi communiter dd. l. generaliter. C. non num. pec.* qui inducit † probationẽ verã, manifestam, euidentem & realem. *c. licet. probat. & ibid. Can. Soc. cõs.2. nu.2. vol.3.* vbi dicit, q̃ instrumentum dicatur † probatio probata, vera, euidẽs & manifesta, *p multa alleg.* & probat illud, q̃ cantat, vt dicit Bald. *l. interest. n.2. C. solut. Anania. cons.96. in pr.* & ibi Bologn. *n.2.* addit, quem vide omnino.

Huic instrumento vel obligationi literarũ omnino nõ obstat, q̃ corã magistratu rei facta non sit, vigore recessus Imperij de Anno 51. §. diesem zu begegenen/ in quo sancitur, q̃ cõtractus Iudæorũ † cum Christianis fieri debeant coram eo magistratu, sub quo agit & domicilium habet Christian⁹; si secus fiat, q̃ talis obligatio nulla esse debeat, vnnd daß kein Richter darüber erkennen soll.

Non obstat, inquam, quia ex collatione datorum constat, hanc obligationẽ literarũ ante promulgatam constitutionẽ Imperij iã confectã esse. Ergo nõ potest trahi ad hũc nostrũ casum. Leges n. & cõstitutiones futuris negotijs † formã dãt, nõ ad facta pterita reuocãtur, nisi nominatim de præteritis, aut pendẽtib. cautũ sit.

sit. ll. & constitutiones. d. ll. Atq; in d. constitutione nil de præteritis, aut pendentibus, sed de futuris cauetur. Id quod non obscure significat verbum † hinfürter / quod tractum futuri temporis habet. 17

Quare concludo ex confessione Rei, quæ absque instrumento per testes sufficienter probata est, & cautione propria, actoris intentionem probatam esse.

An Elisa?

QVatuor potissimum exceptionibus Reus nititur. 1. Est exceptio falsi instrumenti. Altera solutionis. Tertia non numeratæ pecuniæ, quæ cũ præcedente pugnare videtur. Vltima iuramenti suppletorij perperã delati.

18 Quo ad 1. attinet falsum † instrumentum est, à quo remouentur verba, & mens contrahentium. *Bald d. l. si ex cautione. n. 5. Bart. l. quid sit de fals. Paris. cons. 162. n. 6. vol. 1.* Si vero remouetur mens, sed nõ verba, istud quidem simulatum sit, sed non falsum dicitur. Quod si tñ remoueãtur verba, & non mens, tunc neq; falsum neq; simulatum dici potest. Ita declarat *Bald. d. l. si ex cautione n. 5 allegat. c. nihil obstat. V. sign.* Iam in præsenti reus contra d. obligationẽ obijcit, ꝙ se absente & ignorante confecta, & si. falsa sit. Et quod verba & mẽs ab ea remoueãtur. Quod absente Reo cõfecta & sigillata sit, parum habet momenti propter allegatam loci consuetudinem, eamq; probatam. Quod ad ignorantiam attinet, in eo testes vnanimiter Reum mendacij arguunt. Nam & præsens fuit, cum de conscribenda cautione ageretur, adeoq; in præsẽtia duorum testium hoc debitum pure & ingenue confessus est.

Ergo saltem quoad debitum, & sic actionẽ personalem (nam de hypothecata domo nihil hic nobis negotij) dicta cautio falsitatis argui non potest, cum non solum de verbis, verum etiam de mente rei contrahentis ex dictis testium appareat, & sic neq; falsa, neque simulata dici possit secundum distinctionem *Bart. d. l. s. c. ex cautione.* Dato etiam dictam cautionem falsam esse, tamen de debito siue mutuo ex libera rei confessione sufficienter constaret. Ex qua quidem confessione † sola, absq; literarum obligatione cõueniri & condemnari posset, ex doctrina *Bald. d. l. si ex cautione. n. 14.* vbi dicit, si creditor agat ex numeratione, & probet confessionem, lapsumq; sit biennium, obtinere debet, non quasi ex confessione nata sit obligatio, sed ꝙ per cõfessionem & temporis trãscursum præsumatur numeratio facta: quia confessio † non est inuenta à iure, vt sit modus inducendæ obligationis, sed vt per eam probetur inducta. *dd. l. vn. C. cõfess.* Quemadmodum in præscriptione longi temporis dicimus, quæ non inducunt obligationem, sed † probant eam inductam. *l. cum de in rem versus vsur. ita Bald. d. l. si ex cautione & l. generaliter n. 6. C. non nũ pet.* vbi dicit, quod obligatio nascatur ex causa: cõfessio non est causa, sed probatio causæ. Confessionem debiti reus non impugnat, literarũ obligationem testes probant, hæc cõiuncta plenam probationem efficiunt, cum duo † vincula fortius ligãt. *l. re coniunctis leg. 3. Auth. cessante. C. suis & legit. §. sed hodie inst. adopt.* Accedit, quod † pro instrumẽto regulariter præsumatur, donec cõtrariũ probetur. *d. l. cum precibus. C. probat. l. optimã. C. contr. stipul.* ꝙ maxime propter lapsum biennij obtinere debet. *d. §. 1. inst. lit. oblig. d. l. si ex cautione. l. in contractibus. C. non num. pec.* Quare concludo hanc exceptionem non obstare. 19 20 21 22 23

Altera exceptio, sc. solutionis præsupponit tanquam priuatio numerationem præcessisse. Hanc si probasset Reus, proculdubio absoluendus esset. Solutione enim † tollitur omnis obligatio, siue re, siue verbis, siue literis, siue consensu, contracta sit. *gl. sing. d. §. 1. verbo. omnis sublata obligat.* Sublata obligatione nulla cõpetit † actio, sine qua nemo experiri potest. *l. si pupilli §. videmus. Negot. gest.* Hinc est, ꝙ talis † exceptio opposita ante litis contestationẽ impediat litis ingressum. *l. cum quærebatur. & ibi Bart. n. 3. iudic. solui. Angl. §. æque. n. 8. inst. except.* quia est litis finitæ, *per d. l. cum quærebatur in f.* Sed huic exceptioni obstat propria rei cõfessio pura, libera, ex debito iam antea contracto facta. 24 25 26

Ex actis quidem cõstat de solutione 30. flor. sed illa solutio non pertinet ad nostram summam der 140. flor. Id quod primus testis in actis fol. 15. magis perspicuum reddit, dum dicit, Reum subducta cum actore ratione vltra 30. flor. adhuc 140. flor. in reliquis debuisse, quæ qdẽ rationis subductio se præsente fuit facta. Hanc depositionem ipsius rei cõfessio coram duobus testibus, vel tribus facta, plane confirmat, ita vt manifeste appareat, hanc exceptionem non esse friuolam.

Tertia exceptio est nõ numeratæ pecuniæ. Hæc quoque releuans esset, si probata foret. Nam † intra biennium opposita reijcit probationem in creditorẽ *l. generaliter C. de non. num. pec. gl. d. l. si ex cautione. verbo probare.* vbi etiam Bald. *n. 14.* post biennium vero † perimit priuilegium opponentis, & transfert onus probandi negatiuã in ipsum debitorem. Debitor post biennium † probare debet, non fuisse numeratam pecuniã, id ꝙ creditori ante lapsum biennij incumbebat, vt est cõmunis dd. opinio *d. l. si ex cautione, vbi Bald. n. 4. Sal. nu. 19. & 21. Bald. d. l. in contractibus. n. C. eod. t.* Et quãuis regulariter negatiua improbabilis sit. *l. 2. & ibi gl. & communiter dd. probat. l. actor. C. eod.* hoc tñ non procedit, quando † negatiua est fundamentum intentionis eius, qui negat, siue sit actor, siue reus. *Bart. l. in illa stipulatione si Calẽdis. n.* 27 28 29 30

dis.n.5.V.obl.per ill.text.& p l.hac iure & l.ita stipulatus.vers.ꝙ si ab initio eod tit.idem tenet Bart.l.pen.§.docere.n.2.Ne quis eum qui in ius voc.Alex.cons.123.n.2.& cons.124.n.2.& cons 91.n.7.vol.7. Ancor.cōs.254.n.3. Atqui in præsentia negatiua numerationis est fundamentū debitoris. Igitur illā lapso biennio probare debet: quia actor ex cautione post bienniū iuris præsumptione habet intentionem probatam, *p iura alleg.* Hanc negatiuā quomodo Reus noster probare possit

31 nō video. Eo ꝙ ex † sola cōfessione absq; literarū obligatione condēnari possit, *vt supra ostēdi*, quę quidē confessio nō specie futuræ numerationis facta est, sed ex caussa veteri, ratione debiti antiqui, subductis cum actore rationibus, *vt clare deponit 1. testis in actis.fol. 15.* Negatiuam illam probare deberet, vel per testes qui obligationi interfuerunt, vel creditoris cōfessionem. *Sal.d.l.si ex cautione. C. de non num.pec.* Creditores confessionem non habent: Ergo ad testes recurrere debēt. At illi deponunt tātum de confessione debiti iam antea, vt dixi, contracti, & coram ipsis pure confessati. Et primus test. in cuius præsentia rationes subductæ sunt, debitum etiam sufficienter probat.

32 Quare concludo, has † exceptiones à Reo ad protrahendam tantum caussam excogitatas, à

33 iudice, qui † maleficijs litigātium obuiare debet, *c.finem litibus dolo & contum.* & caussas dirimere, litesq; minuere. *c. ordi.appel.in 6. l. quidam existimarunt si cert.pet.* non esse attendendas, reiectisq; grauaminibus caussam pro conclusa acceptandam & pronūciandum bene iudicatum, male appellatum, cum refusione expensarum.

Vltimam exceptionē plane non attendendam puto, communis quidem conclusio est, ꝙ

34 iuramētum suppletorium † in vim probationis non possit deferri Iudęo, sicut nec vsurario, aut alijs personis vilibus. *vt not. Cynus & dd.l.b. fidei. Quod certe loco Bald.l qui accusare.C.edendo.n.2. Canon.c.f.ex iure Hyppol.sing.41.* Rationem reddunt, quia vbicunq; repellitur aliquis

35 † à testimonio, multo magis & fortius, ne sibi deferatur hoc iuramentum necessarium, cum

36 efficiatur testis † in ꝓpria caussa. *l.f.C.fidei com.*

37 Iudæus † repellitur à testimonio, quia infamis ex regula generali. *l.3.§. lege Iulia.test. Bald. d.l. qui accusare.nu.2.*

38 Quod Iudæus † contra Christianū non possit testificari. *text.c.nō potest.2.q.7. & l. quoniam. C. heret.* vbi hoc limitatur. Et

39 generaliter † nullus infidelis potest testimoniū dicere contra fidelem. *c.hæreticus 2.q.7.d.l.quoniam.*

Sed illa Doctorū communis conclusio non obstat, quia iudices prioris instantiæ detulerūt Iudæo iuramentum Iudaicum (de quo Spec. tit. *iuram.calum.& testan. nu. 17. Fel. c.f.nu. 5 de Iudæis.Pan.c.1.n.11.iureiur.Mar.p.3.num.50.*) in supplementum probationis, quasi debitū petitum semiplene probasset, sed ad inuestigandam veritatē, vtrum mutuum petitum contractum sit, sine aliqua accessione vsurarū. Quare ex his omnibus concludo, vt paulo ante dixi, grauamina non esse admittenda ex regula. *l.ad probationem.C.de probat.* Sed eam pro conclusa acceptandam, & pronunciandum bene iudicatum, male appellatum, cum refusione expēsarum. *c. vt debitus inf. appel.* Saluo &c. Omnes mecum concluserunt vno excepto.

Sententia Confirmatoria prioris.

IN Sachen Herman Stoß Appellanten eins/ wieder Bendic Jüdē zu Fauerbach/ Appellatē anderstheils/ sein die Grauamina N. Tags einkommē/ alß vnerheblich/ nit/ sondern die Sache vō Ampts wegen vor beschlossen angenōmen/ darauff vnd allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß durch Richter voriger Instantz wohl geurtheilt/ vbel dauon appellirt/ vnnd daß gedachter Appellant jhme dem Appellaten die Gerichtskosten derohalben auffgelauffen nach Rechtlicher ermessigung zu entrichten vnnd zu bezahlen schuldig sey/ Publicata 24. Octob. Anno 64.

DECAS II. VOTVM V.

In Sachen Barthell Rei & Appellantis, *Contra* Bendic Jüdt Actorem & Appellatum.

Hypothecaria.

SVMMARIA.

1 *Contra tertios possessores bonorum agi non potest, nisi principali debitore excusso.*

2 *Vxori contra tertios possessores ratione dotis agenti opponi potest exceptio excussionis.*

3 *Excussio bonorum mortuo principali debitore facienda contra ipsius heredes, & nullo herede existente contra hereditatem iacentem.*

V 4 Excus-

4 *Excussio exceptionis non habet locum, si notorium est, principalem debitorem non esse soluendo.*
5 *Sententia facit liquidum, & res iudicata pro veritate habetur.*
6 *Dominij probatio difficilima est.*
7 *In bonis nostris aliquid dicitur, quod in bonis nostris non est.*
8 *Hypotheca constituitur solo consensu debitoris, absq; traditione.*
9 *Contra confitentem præsumitur, donec contrarium probetur.*
10 *Negans quotiescunq; intentionem suam fundat super negatiua, eam probare cogitur.*
11 *Debitor principalis si condemnatur, non liberantur pignora, nisi prius realiter satisfactum sit.*
12 *Verba sequentia ex præcedentib. interpretationem accipere debent.*
13 *Relatum est in referente cum omnibus suis qualitatibus.*
14 *Quod ex relatione intelligitur, dicitur vere & proprie.*
15 *Qui tacet consentire videtur, videlicet, si tacens contradicendo actum impedire potuisset.*
16 *Secus, si non posset impedire.*

IN NOMINE Domini. Amen.

HÆC caussa ex præcedente descendit, actum quasi seruiana seu hypothecaria cõtra Reum possessorem domus hypothecatæ habentem caussam onerosam, scilicet emptionis ab ipso debitore.

Videndum 1. An hæc actio competat? Iuris est, contra tertios possessores † bonorum agi non posse, nisi principali debitore prius excusso. *Auth. hoc si debitor. C. pign. vbi gl. & dd. in auth. sed hodie. C. act. & obligat. & ibi Bald. n. 2. gl. l. vbi adhuc verbo qui non potiores. C. iur. dot. Iaf. l. si constante. n. 200. sol. matrim. Idem plenius §. si quis. n. 66. inst. act.* Idq; procedit siue agatur reuocatoria siue hypothecaria. *Iaf. d. §. item si quis. num 6. & dd. vbi supra.* Quod adeo verum est, vt etiam vxori contra † tertios possessores, ratione dotis agenti, opponi possit exceptio excussionis, vt prius bona mariti excutiat. *gl. sing. d. l vbi adhuc. verf. qui non potiores. C. iu. dot. Iaf. d. l. si constante. nu. 200.* vbi magis communem dicit, & licet ipse contrariã opin. approbet, scil. quod mulieri fauore dotis non possit opponi exceptio excussionis per rationem, vbi ibi per eum, tamen concludit à præd. cõmuni opin. in iudicando non esse recedendum, & eã tenet Cyn⁹ & Bald. *d. l.* vbi adhuc & alij Doct. citati à Iaf. d. loco. Quæ quidem excussio † mortuo principali debitore facienda contra ipsi⁹ heredes, *auth. hoc si debitor. C. de pignor.* nulloq; herede existente contra hereditatẽ iacentem, dato illi curatore. *Parif. d. conf. 50. nu. 41. vol. 1. Alex. conf. 100. nu. 10 vol. 5.*

Hoc amplius vltra excussionem etiam necessaria pronunciatio, & sententia iudicis affirmantis excussionem legitime fuisse factam. *Bald. l. stipulatio. §. habet num. 4. oper. nou. nunc. Bald. auth. sed hodie. n. 3. vbi docet,* qualiter probetur excussio.

Iam in proposito videndũ, an debitor principalis sufficiẽter & debito modo excussus sit, itaq; huic actioni quasi Seruianæ loc⁹ esse possit? Et breuiter concludo quod sic. Constat enim ex actis secundæ appellat. Inter Herman Stoß/ & hũc nostrum actorem, quod d. Stoß debitor principalis hãc in caussam iuramentũ paupertatis præstiterit, & sic est notoriũ ipsum principalẽ debitorẽ nõ esse soluendo. Acta n. faciunt notorium *c. f. de. cohab. Cler. & mulier. Innoc. c. ex insinuatione in f. appel. Iaf. l. aut prætor. §. si damnetur. n. 2. de iureiur.* Quo casu exceptionis excussio † nõ habet locũ. *gl. l. decem stipulatus, verbo excussum, verb. obl. Iaf. d. §. item si quis. n. 68.* vbi multas fallẽtias ponit, quando nõ requiratur excussio. Itẽ *l si constante. n. 200.* vbi tradit, quomodo fiat notoriũ, & ꝓbetur excussio. *Iaf. d. §. item si quis.* ꝙ & Bald. docet. *d. auth. sed hodie n. 2.* Hic notorium factũ est iudici per delationem iuramenti, paupertatis, quę quidẽ delatio nõ solũ caussæ cognitionẽ, sed & interlocutionẽ iudicis, aut saltẽ decretum eius desiderat, vti constat ex stylo quotidiano.

Quare concludo hanc actionẽ præstito iuramento in caussa secũdæ appellationis, & debito principali ꝑ sententiam definitiuã liqdato (sententia n. facit liquidũ, quia † res iudicata ꝓ veritate habetur. *l. ingenuum statu hominũ. d. c. fin. cohab. cler.*) actionẽ cõpetijsse & etiamnum competere. Videndum ergo an probata.

Duo hic potissimũ huius actionis requisita consideranda veniunt. 1. *An domus hypotheca tempore obligat. fuerit in bonis debitoris, qui rẽ illã possederit bona fide tanquam dominus vel quasi.* Hoc enim sufficit probare, nec requiritur dominij probatio, vt scilicet probet, debitorem fuisse dominum rei pignoratæ, quod voluit *gl. d. §. item Seruiana. verf. quasi ab omnibus communiter reprobata in l. cum res. C. si al. res pign. data sit,* dominij † enim probatio difficilima est, *vt tradunt communiter dd. l. cum res. C. probat.* Sed facilis est probatio, rem fuisse in bonis debitoris tempore obligationis, quia illud quasi bona fide possidemus, dicitur in bonis † nostris, etsi non sit nostrum. *l. bonum. 1. §. in bonis. V. sign. glof. l. rem alienam. verbo pignoratitio. pignor. act. Iaf. §. Seruiana. num. 89. & ibi Zaf. n. 31. & 37.* non tamen sufficit articulare, ꝙ possederit, sed addere oportet, ꝙ bona fide

fide possederit, prout admonet aduocatus. Zas. *ibid. n. 41. in f.*

II. Requisitum est probatio cōuentionis de pignore cōtrahendo. Sola enim conuentione, solo consensu debitoris, absq; traditione †hypotheca constituetur. *l. 1. pign. act. l. contrahitur pignor. & hypot.* Licet etiam rei traditione constituatur §. *f. inst. Quibus modis re contr. oblig.* Nam quemadmodum ad actionem hypothecariam inter pignus & hypothecā nulla est differentia, licet quoad actionem pigneratitiam multum intersit, & ita intelligitur *d. §. Item seruiana prout tradunt dd. ibid. & Zas. §. actionum. num. 62. inst. act. Roffr. in act. hypothecaria.*

Quod autem ad 1. attinet illud in confesso est, domum sc. hypothecatam tempore obligationis fuisse in bonis debitoris, neq; hoc à possessore controuertitur. Non enim refragatur agenti quæstio dominij, ꝙ secundum cōmunem dd. opin. *d. l. cum res. C. si al. res pig. data sit. & d. §. Item seru.* quādo possessor à debitore habet causam onerosam, puta emptionis, vt hoc nostro casu facere potuisset. Secus si lucratiuam causam à debitore habeat, puta donationis, quo casu concludunt, quæstionem dominij locum non habere, eo quod creditor certet de damno vitando, ipse vero possessor de lucro captando, quamuis Zas. pulchra ratione contra communem indistinctè concludat. *d. §. Item seruiana. num. 34. in f. cum seq.* quæstionem dominij creditori agenti à possessore objici non posse, *vt ibi per eum.*

Cum igitur Dominium domus vel quasi (de horto nihil hîc nobis negotij) à possessore non controuertatur, concludo hoc requisitum satis esse probatum.

In altero maior difficultas versatur, an sc. domus, consensu debitoris hypothecata fuerit.

Actor in vim probationis producit obligationem debitoris principalis, in qua fatetur mutuum, & pro maiore securitate creditoris obligat in specie domum, hortum, & porro omnia bona sua in genere. Hæc obligatio, cum sit cōfessio ipsius debitoris, proculdubio conuentione consensum & constitutionem hypothecæ præsupponit, cum pro ea præsumatur contra † confitentem, donec contrarium probetur. *l. cū precibus. C. probat. & ibi cōmuniter dd. l. optimam. C. cont. stip.* Habet igitur excusso iam debitore principali actor contra tertium possessorem intentionem suam ex literis obligationis fundatam, nisi reus apertissimis rerum argumentis contrarium doceat. *d. l. cum precibus.* Quotiescunq; n. † negans intentionem suam fundat super negatiua, eam probare cogitur, siue actor sit, siue reus, *l. hoc iure. l. ita stipulatus. vers. quod si ab initio. V. oblig. Ancor. cons. 254. n. 3. Bald. d. l. si ex cautione. n. 4. in f. C. non num. pec.* vbi vult, quod fundata intentione actoris Reus negatiuam probare teneatur.

Non obstat in causa secundæ appellat. inter Stoß & actorem nostrum quod sentētia condemnatoria in personā Stoß debitoris principalis lata sit: qa hypothecaria habet sua specialia, inter quæ est, vt non tollatur nisi solutione.

Vnde si principalis † debitor condemnatur, non liberantur pignora, nisi prius realiter satisfactum sit. *text. l. grege. §. etiam pign. & hypoth. l. quamuis 2. C. eod. Capicius decis. 46. n. 7.* Secus si debitor principalis absolutus esset in actione personali, quo casu tollitur & soluitur pignus. *l. si deferent. Quibus modis pig. sol. gl. d. l. quamuis 2. verbo fecerit quod hic factum non est.* Videndum ergo de Elisione.

An Elisa?

EXcipit Reus potissimum contra dictam obligationem litis test. quod testes nihil de constituta hypotheca domus, sed tantum de confessione nudi debiti deponant, & sic de actione personali, quæ nihil habet commune cum hac hypothecaria. Quæ exceptio si vera sit, apud me certe multum habet ponderis. Debitum quidem per testes probatum est, sed de pignoris vel hypothecæ constitutione nullum verbum.

Deberi confessio probatur, sed non obligatio domus. Id quod ipsemet debitor principalis in causa secundæ appellationis vehementer etiam vrget.

Nec obstare videtur, quod 2 & 3. testes ad 5. interrog. deponunt in literis obligat. domum esse obligatam, quod ex eo inferri non potest, quod debitor in pignoris obligation. consenserit, prout latius hoc vrget ipse appellans.

Cæterum alias accuratius dicta testiū perpendendo videntur mihi ea verba, quæ de hypothecata domo mentionem faciunt, ad consensum & expressam debitoris cōuentionem referenda esse. Verba † enim sequentia ex præcedentibus interpretationem accipere debent & econtra, *l. quoties. C. famil. ercisc. l. si seruus plurium. §. fin. de leg.* Iam ex præcedentibus constat, quod ordinarius loci literas obligationis testib⁹ prælegerit vel obligauerit, ob der Sachen also / darauff sie geantwortet. Ergo de obligatione, & sic non tantum de debito, verum etiam de conuentione hypothecæ interrogati deponunt. Verba ergo sequentia in 5. interrog. ex præcedentibus declarantur, & de pignoris conuentione accipienda sunt. Relatum enim est in † Referente, cum omnib⁹ suis qualitatib. *l. esse tota hered. inst. l. Theopōpus dote ꝑleg. Rō. cōs. 160. n. 2.* & illud, ꝙ † ex relatione colli-

tanq̃ liberam, Certũ est actionẽ hypothecariã esse. *l. pignoris. C. pignor. & l. pignoris. ff. eod. l. eos. C. q. pot. in pig.* Datisq; contra possidẽtem. *l. fundus. §. in vẽditione.* Cũ igit D. Pierius sit in possessione domus hypothecatæ, licet eam bona fide & titulo oneroso exempto scilicet possideat, recte ab actore conuentus eo, quod actio ista, vt dictum, sit realis & res transeat cum suo onere. *text. l. si debitor. C. distr. pign. cum alleg. ibid. gl. verbo emptorem. & text. l. si conuenerit. 2. §. si fundus pign. act.* Hæc actio non solum probata per instrumentũ obligationis, verũ etiam in confesso est, vt patet ex actis.

Videndum igitur de elisione ipsius Rei. Objjcit in defensionalibus Reus, tres potissimum except.

1. Domus sine onere tanquam libera vendita fuit.

2. Tempote hypothecæ pignus non fuit in potestate vendẽtis censum, ideo nõ potuit hypothecari.

3. Non valet partum de hereditate viuentis.

Quod ad primum attinet, ea parum aut nihil momenti habet, propter onus reale, quod transit in possidentem rem obligatam, quia melius est incumbere rei, quam personæ.

Altera exceptio potissime obstat. Nam potissimũ & præcipuum huius actionis † requisitum est, vt res sit in bonis debitoris, tempore obligationis. *l. & quæ nond. §. 1. pignor. gl. 3.* Item Seruiana *inst. de action.* etiam dominij ꝓbationem requirit. Sed est cõmuniter reprobata, vt p dd. maxime Ias. *in §. 3. Item sero. nu. 31. & 37. dd. l. cum res. C. si al. res. pign. data sit.* Sufficit igitur probare rem in bonis debitoris fuisse. At in præsenti constat, rem obligatam tẽpore obligationis nondum in bonis debitoris, sed alienam fuisse, & per consequens sequitur, eam obligari non potuisse, cum deficiat substantiale requisitum actionis, & iuris sit notissimi, quod † res prorsus aliena obligari non possit, nisi cum pacto, si sua erit. *l. si fundus. §. aliena pignor. act.* aut si ius aliquod in ea re habeat, prout latius declarat *gl. d. l. cum res. verbo pignoratitia & gl. l. 1. verbo difficilius pignor. vbi Bartol. Neguzant. in tr. pignor. 2. p. 3. membr. num. 52. cum seq.* Objjcitur igitur male creditori agenti contra Reum, tanquam tertium possessorem, habentem caussam onerosam, ab ipso debitore exceptio dominij. Tali enim casu ex omnium dd. opinione quæstio dominij refricari poterit, prout tradunt communiter dd. *d. l. cum res. Bart. l. rem alienam. Pignor. act. num. 6. Angl. d. §. item Seruiana.* Sed neq; hæc act. exceptio in nostro casu obstare poterit, eo quod dominium domus obligatæ superuenerit post obligationem ipsi debitori, puta ex successione: quo casu traditum est, si creditor ignorauit rem alienam fuisse tempore obligationis, confirmari obligationem & pignus conualidari, ita vt creditori vtilis hypothecaria contra possidentem detur. *d. l. cum res. C. si al. res pignor. data & ibi Dd. l. rem alienam pign. act. l. 1. pignor. Neguzant. vbi supra. num. 55. Zas. d. §. item Seruiana. num. 37.* Quod si creditor scientiam rei alienæ tempore obligationis habuerit, tunc secus est, quia † non conualidatur pignus ex superueniente dominio, ad effectum producendi hypothecariam vtilem ipsi creditori, sed solum ad effectum dandi ei retentionem rei obligatæ, si eam possideat.

Nam talis non habet vtilem hypothecariam, sed tamen si possidet retentionem. *d. l. 1. Pignor. & ibi gl. verbo difficilius. & Bart. qui rationem diuersitat. tradit. Neguzant. vbi supra nu. 55. cum seqq. dd. d. l. cum res.* In nostro casu ne allegatur quidem scientia rei alienæ, & † ignorantia etiam regulariter præsumitur, nisi contrarium probetur. *c. præsumitur R. Iur. in 6.* Quemadmodum bona fides regulariter † præsumitur, donec mala probetur. *l. pen. C. euiction. & ibi gl. verbo debes. l. emptos. C. præscript. longi temp.* Imo de ignorantia & bona fide satis ex instrumento emptionis apparet, cũ creditor censum litigiosum super domo propria vendiderit, dum dicit, auff vnser Hauß zu Sp.

Ergo certum est, hanc actoris replicam de dominio superueniente in casu ignorantiæ, rei exceptionem aut quæstionẽ dominij prorsus elidere. Si ipse tanquam bonæ fidei emptor deceptus est, q̃ rẽ alteri obligatã tanquã liberam emerit, habet actionem personalem contra ipsos heredes, qui etiam ex delicto defuncti propter commissum crimen stellionatus. *l. f. C. crim. stellionatus.* quantum ad eos peruenerit, conueniri potuerunt, *l. pupillum. §. inter heredes, vbi Dec. in pr. R. iur. l. toties. 45. eod. t. l. in heredem de dolo.* Actor vero non, cum prior sit tempore, potior debet esse iure, *vulg. c. qui potior. R. Iur. in 6.*

Tertia exceptio impertinens est. Nullum enim hic pactum de futura successione, cum creditor scientiam rei alienæ nõ habuerit, nihilque pactus sit, sed bona fide censum super domo quæstionis, tanquam propria debitoris, emerit.

Concludo igitur secundum petitionem actoris reiectis defensionalibus rei, ꝓnunciandum hic est, actori possessionem rei pignoratæ tantisper adiudicandam, donec ei pecunia soluta sit. Nam hæc actio licet in rem sit, nudam tamen auocat possessionem, quod de natura hypothecariæ dicit esse. *Bart in l. 2. C. si vnus ex plur. Dyn. c. nullus pluribus. n. 56. R. iur. in 6.*

7 *in §.* & pignus soluta † pecunia dissoluitur. *l. si cum venditor euict. gl. d. l. pignoris. verbo actionem pignor.* Habet enim possessor facultatem restituendi rem, vel soluendi debitum. *l. si fundus. §. in vindicatione pignor. vbi Bart. num. 2. text. l. si creditor. quib. mod. pig. solu.* Hinc est, quod in hac 8 actione valeat etiã libell⁹ alternatiuus † vtpote eum condemnari vt rem restituat vel totum debitum soluat. *Bart. d. l. si fundus. §. in venditione. n. 2. & d. l. rem alienam. nu. 12. vbi tamen* dicit, quod magis cõmunis forma sit, vt sic concludatur.

Quare peto dictum possessorem cogi ad tradendam possessionem dictæ rei in caussam pignoris, pro quantitate prædicta, donec mihi fuerit satisfactum. *d. l. si cum venditor & d. §. in venditione.* Et sic in forma sententiæ condemnatio debet fieri, ad traditionem possessionis rei pignoratæ, non ad debiti solutionem. *Bart. d. §. in venditione. num. 3. per illum text.* vbi dicit quod possessor condemnari debet ad rem restituendam, & redimendam in caussam pigneris per creditorem. Expensas propter bonam fidem, titulum onerosum, & iustam causam litigandi compenso. Saluo &c.

Sententia definitiua.

IN Sachen Sigmundt Pfeiffers Clägern eins / wegen vnnd wieder weilandt D. Pierij nachgelassener Kinder Vormunden / Beclagten anderstheils / seyn die Defensiones 22. Ian. Anno 63. einkommen / nit sonder die Sache Ampts wegen für beschlossen angenommen / darauff vnnd allem fürbringen nach zu Recht erkandt / daß gedachter Cläger an die viertheil der beclagte Behaußung einzusetzen / vnnd bey derselben Possession vñ gewehr / so lang vnnd viel / biß er Cläger die Hauptsumma vnnd aller erseßenen Zinß volkommlich / inhaldt seiner derowegen habenden Brieffe vnd Siegel / vergnugt / entrichtet vnnd bezahlt wirdt / bleiben soll / alß wir jhnen auch hiermit in dieselbe einsetzen. Compensatis expensis Cameræ.

DEC. II. VOTVM VII.

In Caussa Ludwig von Laubeck Appellans,

Contra

Kuntz von Rockenburg Appellatum.

De insula in flumine nata: & de alluuione. Item super attentatis.

SVMMARIA.

1 *Iuramentũ testib. remitti potest, expresso partium consensu: secus in iuramento calumniæ.*
2 *Iurati testes præsumuntur ex eo, si in actis habeatur, illos iurasse.*
3 *Iuramentum testium fieri debet ante dictum & depositionem.*
4 *Depositio testium, qui iurarunt post depositionem, non ante, valet nihilominus, dummodo in continenti fiat.*
5 *Iudex non potest definitiuam semel latam siue bene siue male reuocare.*
6 *Iudex semel probata sententia functus est suo officio.*
7 *Sententia contra sententiam ipso iure nulla est.*
8 *Sententia non debet esse conditionalis, quia ipso iure est impossibilis.*
9 *Probationes post conclusionẽ in caussa, & sententiæ publicationem recipi non possunt.*
10 *Iudicium in pendenti esse non potest.*
11 *Tractus futuri temporis ad iudicem non spectat.*
12 *Sententia sub conditione lata regulariter non valet: nisi illa sit intrinseca, & negotio principali cohæreat.*
13 *Verba sententiæ latæ sub conditione, nisi probauerit, cohærent negotio principali.*
14 *Sententia conditionalis facta hoc modo, condemnamus reum, nisi probauerit exceptiones, valet.*
15 *Sententia lata sine probatione nulla est.*
16 *Sententia debet esse certa.*
17 *Sententia lata sub conditione, nisi probauerit, non dicitur incerta, cum per futuras probationes verificari possit.*
18 *Iudicatum cum caussæ cognitione esse dicitur, si processum est partibus præsentibus & citatis.*
19 *Iudex a regulis iuris recedens caussas exprimere debet.*
20 *Flumina publica iure censitorum, id est, indicum funguntur.*

21 *Insu-*

Insula in flumine nata iure gentium, quoad oprietatem, pertinet ad dominos vicinorum prædiorum, secus hodie de iure feudorum.

22 *Fluminum omnis vtilitas & quæstus principis est, aut eorum, qui a principe, vel per consuetudinem id tenent.*

23 *Accessorium sequitur naturam sui principalis & nu. 31.*

24 *Ius piscandi numeratur inter Regalia, & num. 28.*

25 *Origo Insulæ, quoad dominij acquisitionem, potissimum spectanda est.*

26 *Dominij probatio difficilima est.*

27 *Insula quando nata esse dicatur.*

29 *Alueus non tantum est continens, sed vadus fluminis profluentis.*

30 *Alueus eiusdem iuris est, cuius est flumen.*

32 *Res eadem diuerso iure censeri non debet.*

33 *Iuris quod est in re principali, idem est in eius augmento.*

34 *Radix non permittit, vt arbor alterius intelligatur, quam cuius in fundo radices egerit.*

35 *Decisio expressa in vsibus feudorum vbi non reperitur, standum est decisioni iuris communis.*

36 *Flumina publica de iure feudorum inter regalia numerantur, omnisq; vtilitas ex ijs profluens, ad dominum fluminis pertinet.*

37 *Ius piscandi de iure communi omnibus commune est, vt flumina quoq; communia sunt.*

38 *Flumen, quoad iurisdictionem, est dominorum territorij.*

39 *Insula in flumine nata proprietas eorum est, qui vicina possident prædia.*

40 *Expressum quod non est, relinquitur dispositioni iuris communis.*

41 *Legum correctio est vitanda.*

42 *Magistro in arte sua creditur.*

43 *Vnicuiq; in sua arte credendum.*

44 *Iudex idoneus earum quilibet esse censetur, quarum peritiam profitetur.*

45 *Alluuio est latens incrementum, nec intelligi potest, quantum quoquo tempore adiectum sit.*

46 *Testis in vno capitulo falsus, in tota causa falsus est, & nihil probat, siue prius falsum deponat, siue verum, vel contra.*

47 *Visitatio facta, actore absente & non citato, tertio nocere non debet, cum nec iudex hoc facere possit.*

48 *Contra iudicem iniuste spoliantem potest agi possessorio recuperandæ, sicut contra priuatum.*

49 *Sententia cõtra absentem non contumacem lata nulla est.*

50 *Depositio dubia contra producentem interpretanda est.*

51 *Possessione sua nemo priuandus est, lite pendente, siue iuste, siue iniuste possideat.*

52 *A grauamine illato lite pendente non appellans, id in suo vigore vsq; ad finem litis relinquere debet.*

53 *Sententia valet de iure, nisi ab ea appelletur præsertim si error iuris non exprimatur.*

54 *Error in hypothesi non vitiat sententiam, etiamsi iniustam, nisi appelletur.*

55 *Iudex appellationis nihil potest reuocare, nisi quod post interpositam appellationem fundata sua iurisdictione appellatum est.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVOD ad nullitates. Appellans in grauaminib⁹ & replicis Cameræ nullas priorum instantiam allegat nullitates, quas tum propter loci consuetudinem, tum ordinationem imperij prætereo, exceptis tantum duabus, quæ mihi vehementer obstare videntur. Quarum prima, quod testes sine litis contest. producti sint, nullis datis etiam positionibus, & interrogatorijs. Itẽ quod iniurati sint, ideoq; fidem non faciant. *leg. iurisiurandi C. de test.* Secunda est, quod secunda Scabinorum sententia ipso iure non valeat, eo quod prior sententia in rem iudicatam abierit, & ipsi semel pronunciando, siue bene, siue male, suo sint functi officio.

Quod ad primum attinet falsò allegatur, nullam factam esse litis contestationem, cum ex actis constet de contrario, per expressam rei negationem, diffitentis contenta libelli. Illud autem verum est, testes primæ instantiæ, tam ex parte actoris, quam Rei, iniuratos esse. Quia tamen vtraque parte præsente, & non contradicente huiusmodi examinatio, alioqui secundum stylum illius iudicij facta est, putarem propter expresũ cõsensum partiũ testib⁹ iuramentũ remissum esse. Expressus consensus partiũ ex actis euidenter colligitur, dum vbiq; dicitur Beclagte Kinder mit Consens der Partheyen. Iuris autem est notissimi, expresso partium † consensu testibus iuramentum remitti posse. *text. c. ex tris & vbi eleg. gl. test. gl. l. 1. & ibi Bald. seruit. gl. iurisiurandi. C. test. & ibi Castr. n. 2. Idem Castr. l. solum. n. 3. C. eod. t.* licet secus sit in iuramento calumniæ *gl. in d. c. in tuis & Bald. in d. l. 1. de seruit.* Quibus accedit, quod posterioris examinis testes pro maiori parte iurati sint, vti ex actis videre est, in quibus habetur illos iuratos † esse, quod sufficit, *Bald. d. l. iurisiur. n. 2. & ibidem Sal. n. 4. C. test.* vbi dicũt, ꝙ quoties in actis scriptũ reperit Titius iurans deposuit, eo ipso probari quod iurati sint.

Non obstat, quod præpostero ordine, post dictum & depositionem † iurarint contra formam, *d. l. iurisiurandi vbi prius quam perhibeant* testi-

testimonium, quia etsi est tutius, vt prius iurent, 4 tamen valet † testimonium, etiamsi iuramentum subsequatur, dummodo in continenti hoc fiat, quod hic factum est ad acta gezogen. Tali enim casu valet testificatio, quia confirmatur iuramento. Sed quæ in continenti fiunt, insunt, & sic non est nuda testificatio, sed vestita religione iurisiurandi. *arg. l. pen. C. inst. & subst.*

Præterea ex natura relationis videtur dictũ repetitum cum iuramento. *l. hac sententia. C. sent. qua sine certa quāt.* secus si ex interuallo iuramentum pręstaretur. *Ita tenet Bald. Castr. Albert. in d. l. iurisiurandi in pr.* Quamuis Sal. ibid. *n. 3.* cum Cyno contrariam sententiam probet ac sequatur.

Quo ad alteram exceptionem illa meo iudicio potissimum obstat, eo quod iuris sit no- 5 tissimi, iudicem † non posse definitiuam semel latam, siue benè, siue malè, reuocare. *l. Paulus l. quod iussit. Re indic. l. diui fratres. Pæn.*

6 Postquam enim sententiam † protulit functus est suo officio. *l. iudex de re iudic.* multo minus quam priori ferre potest, vt hic factum videmus, quo casu adeo non valet secunda sententia, vt nec appellatione opus sit. *l. 1. C. sent. rescindi non posse.* Sententia enim contra 7 sententiam † ipso iure nulla est. *d. l. 1. vbi Bart. Bald. Sal. Castr. & communiter dd. in pri. textus express. l. 2. C. quando prouoc. non est nec.*

Nec videtur, quicquam releuare ad sustinendam secundam sententiam, quod prima sub conditione lata sit, *sc. condemnamus reum* 8 *nisi cõtrarium probare velit*, quia sententia † nõ debet esse conditionalis. *l. 1. §. biduum quando appell. sit. c. biduum 2. q. 6. aut ferri super re incerta. c. graue. 11. q. 3. §. curare inst. act.*

Et huiusmodi conditio de iure est impossi- 9 lis, cum probationes † post conclusionem in caussa, & sententiæ publicationem recipi non possint. *c. cum dilectus fide instrument. c. pastoralis except. l. peremptorias. C. sent. resc. non posse. Spec. tit. de sentent. & his qua eam sequi. §. 1. num. 6.*

10 Et † iudicium in pendenti esse non potest. *l. non quidem. iud. & l. 1. §. f. vsur.* vbi dicitur, 11 quod tractus † futuri temporis ad iudicem nõ spectet. Ordo namque iustitiæ, & solennitas iudiciorum hoc modo præposteratur, quia prius liquere debet, & præcedere caussæ cognitio, *l. illicitas. § veritas. off. præsid Vant de nullit. tit. ex def. process. ac solennitatis & form. ipsius sentent. facit l. prolatam. C. sent. & interloc. om. indic.*

Quare dicendum foret nulliter processum & iudicatum esse.

Istis tamen non obstantibus contrarium concludo, & in principali caussa pronunciari posse, si modo ex actis de meritis causæ plenè informari possimus. Idq; cum vigore ordinat. tum quod vltima Scabinorum sentent. iure defendi possit. Licet enim regula sententia † sub conditione lata non valet iu- 12 ribus supra alleg. tamen secus obtinet sub cõditionibus intrinsecus latis, & negotio principali cohærentibus. *text. c. nostra vbi Panorm. n. 8. sepulch. c. Romana sent. excom. Bart. Alber. & alij d. §. biduum. Bart. l. cum iudex. n. 4. C. sent. & inter Lom. iud.* quo casu sentẽtia censetur pendere ex illa conditione, & ante ipsius existentiam non esse, neq; dici sententiam. *Alber. loc. citat. n. 2. DD. vbi supra.* Quid autem in præsenti lata sit sentẽtia sub cõditione intrinseca patet, quia † verba illa, *nisi pbauerit*, cohærent 13 negotio principali, *vt pulchre declarat Fel. c. quoad consultationem. n. 1. & 2. sent. & re iud. Alex. l. qui Romæ. §. Augerius. n. 6. verb. obl. text. d. c. in nostra. & ibi Panor. n. 8. Ias. l. admonendi. n. 61. priori repet. iureiur.* quibus locis dicunt, valere talem sententiam, *condemnamus † Reum* 14 *nisi probarit exceptiones suas.* Ita enim Iudex ex iusta causa pronunciare potest, si forte existimet, aut videat, Reum alias probationes habere in partibus remotis. *Fel. d. c. quoad consultationem & Alb. vbi supra.*

Non obstat, quod talis sententia videatur † 15 lata sine probatione, & ideo nulla sit, *c. inter cæteras sent. & re iud.* quia hoc procedit in sententia pure lata, secus sub conditione intrinseca.

Similiter non obstat, sententiam † certam 16 esse debere. Nam sub tali conditione lata non † dicitur incerta, cum per futuras probatio- 17 nes verificari possit *l. ait prætor. §. 1. Re iud.* Et satis dicitur iudicatum cum causæ † cognitio- 18 ne, si processum est partibus præsentibus, vel citatis. *l. in causa. §. causa cognit. Minor. Alex. d. §. augerius. nu. 6. Fel. d. c. quoad consult.* Et hæc potissimum obtinent, quando causa in sententia exprimitur, vt hic, vbi facta est condemnatio, nisi velit probare Reus, vt ibi, vel in alijs locis consuetudine receptum est, eiusmodi Insulas cedere non ipsis dominis territorij, sed priuatis hominibus vicina prædia habentibus. *ita Fel. d. c. quoad consul. n. 1. Panor. c. causam iure iudic.* dicentes iudicem † à 19 Regulis iuris recedentem causam exprimere debere. Accedat consensus & confessio actoris ratam habentis secundam sententiam in actis fol. 50. Vnde concludo, quod non obstantibus prædictis nullitatibus super iniquitate, & caussa principali, pronunciari possit.

Votum II.

De Actione.

ACtum puto Rei vẽdicatione, vt ex libello totisque actis colligere est, ex quo actor prætendit, Insulam litigiosam natam in suo flumine ad se pertinere, & Reum iniuste illam occupasse, & possidere. Posset etiam dici actũ condi-

condictione ex moribus feudorum, per ea, quæ infra dicentur.

An probata?

IN hac actione duo substantialia extrema probanda veniunt: dominium, vel quasi ex parte agentis. *l. in rem. R. vend. gl. l. 1. verbo cũ in rem alien. iud. mut. causa.* Et possessio ex parte rei, *Ferrar. for. real. act. verbo tenet & possidet.* Et quia ex actis de altero requisito ex propria actoris confessione constat, nimirum de possessione Rei, ideo de prætenso actoris dominio tantum dicturus sum, præmittendo.

I. Quod flumina publica (in quibus tantum ius alluuionis agnoscitur. *l. lacus. acquir.* 20 *rer. dom. l. 1. flum.*) iure † censitorum, id est, iudicum fungantur. Dant enim & auferunt rerum dominia. Nam ex priuato adducunt in publicum, ex publico in priuatum. *l. ergo. §. flumina acquir. rer. dom.*

21 II. Quamuis de iure cõmuni Insula † in flumine nata iureq. quoad proprietatẽ pertineat ad dominos vicinorum prædiorũ secundum distinctionem, quam fac. *l. adeo. §. Insula d. t. §. Insulæ inst. d. rer. diuis.* Tamẽ cũ hodie iure feudorũ administratio, & dominiũ maris, publicorũq; fluminũ inter Regalia vsurpet, ideoq; 22 oĩs vtilitas † & quæstus ex fluminib. proueniens principis sit, aut eorum, qui à principe, vel per cõsuetudinem id tenẽt *c. 1. quæ sint regal. & ibi Feudista Bart. l. quo minus. n. 4. flumin. Angl. l. fluminum. in pr. damno inf. Iac. de S. Georg. in pr. verbo fluminib. Ferrar. tr. feud. lib. 5. c. 7.* Consentaneum n. & Insulam in flumine natam, nõ solum quo ad iurisdictionẽ, verum etiã proprietatem pertinere ad dominum fluminis, *per iura sup. alleg.* Et quia accessoriũ sequitur naturã 23 sui † principalis. *c. accessorium. R. iur. in 6.* Idq; infra clarius dicam. Et hac consideratione dici posset actum cõditione ex morib. feudorum.

III. Quod idem obtineat in iure piscandi: 24 cum reditus piscationum † constituatur etiam in numero eorum, quæ sunt regalia. *d. c. 1. ibi cum piscatoribus fac. l. inter publ. V. sign. Iacob de S. Georg. verbo & cum piscation. Ferrar. vbi supra. §. tametsi Affl. Iser. Alnar. d. c. 1.* Qui igitur reditum piscationis in flumine habet, beneficio principis, is regalia fluminis habere censetur.

IV. Diligenter hic considerandum esse ori-25 ginem Insulæ, an in flumine nata sit. Hoc † enim potissimum tempus, quoad dominij acquisitionem spectamus. *l. argo. §. tribus. acquir. dom. ibi cum primum extiterit*, quod tempus perfectionem significat. *Bartol. tr. de Insula. verbo in flum. fac. l. adeo. §. Insula. eod. t.* Itaque incrementum postea alluuione accedens, tametsi vicino prædio adcrescat, & coniungatur, aut contra fontem superioris, aut inferioris agri late procedat, non est spectandum, quia cum semel acquisita sit origine domino fluminis, & sic priuati iuris facta, quicquid postea ex interuallo per alluuionem accedit, priori domino cedit, *per text. l. Insula. acquir. rer. dom. Bart. loco cit.* Ergo in materia occupationis non debet cõsiderari qualis hodie forma Insulæ sit, sed qualis ab origine fuerit. Nunc ad propositum.

Licet alias † dominij probatio difficilima 26 sit, *vt late tradit Boer. decis. 42. p. 1. per tot.* hoc enim casu facilis erit, si ex actis probatorijs constare possit de duobus. I. *An Insula in flumine nata actoris sit.* II. *An propterea contra ius commune ex consuetudine, vel cõcessione principis, ipsius esse debeat, & non rei vicinum prædiũ habitantis.*

Quoad 1. sufficienter vbiq; probatum est, flumen zu Merß ex vtraq; parte pertinere ad actorem, & in ipsius territorio situm esse. Hoc enim reus non diffitetur, & testes vnanimiter comprobant, præsertim Scabini Mersenses in act. fol. 12. vbi expressis verbis dicunt, flumen cum territorio pertinere ad actorem. Idem dicunt testes in actis fol. 8. Ad cuius confirmationem facit, quod probatum quoque sit actorem habere in d. flumine ius piscandi, siue vectigal piscatorium, vt deponunt testes in actis fol. 9. dum dicunt, quod nunquam aliter viderint, audierint, aut scierint, quam quod flumẽ cum iure piscandi ab vtroque latere actoris sit.

Vnde satis euincitur, actorem regalia d. fluminis habere, vti ex præmissis colligere est. Porro, quod Insula nata sit in flumine deponunt testes quinque actorum. fol. 8. & Scabini Mersenses fol. 12. Ad eundem modum & effectum deponunt piscatores zu Brübach/ in act. fol. 29.

Vnde perspicuum puto, non alluuione ab initio (quod tempus solum cõsiderari debet, *vt in vltimo præmisso*) adiectam fuisse prædio Rei, sed longo post interuallo per incrementum postea accessisse. Nata † autem dicitur 27 secundum Bartol. *d. t. de Insul. verbo flumine*, quam opinione circumuolentium incipit Insula reputari, veluti si locum eminentem super alueum fecerit, qui per vnam æstatem stetit. *argument. opt. text. l. 1. §. is autem, ne quid in flum. pub.* quibus adminiculatur nauigatio actoris anno 43. 3. Iunij. in act. fol. 60. vndiquaq; inter Insulam & rei prędium sine impedimento peracta.

Quod ad alterum attinet, cum flumina ius piscandi inter regalia † computentur, *vt supra* 28 *dixi.* atque iam probatum sit, flumen cum iure piscandi ad actorem pertinere, consequens erit iure feudali Insulam in eo natam, ipsius quoque esse. At ego putarem hic sufficere, natam esse Insulam in flumine sine distinctione, an medio flumine, an vero

prope

prope ripam nata sit. Si enim iure feudali flumen ꝓprietate est actoris cōtra dispositionē iuris cōmunis. *d.l. ideo. §.insula acquir.rer.dom.* Ergo alueus quoq; erit. Si alueus & insula,quę super alueum in quacunq; parte fluminis, etiam extra profluentem prope ripam eminet,ipsius erit. Nam † alueus non tantum est continens, sed vadus fluminis profluentis, sed fluminis inter vtramque ripam & totius fluminis continens, sicut stomachus vini continens est, *vt eleg. tradit Bald. ad rubr. R. diuis. numero 27.* totusque † alueus eiusdem iuris est, etiam de iure communi, cuius est flumen, hoc est publici. §. *quod si naturaliter. R.diuis.* Hinc est, quod dicimus in iure,si flumen alueum immutarit. *d. §. quod si naturaliter.* Quare non oportet distinguere, in qua fluminis parte nata sit insula, dummodo in flumine publico nata sit. Igitur si flumen locum, qui aluei esset, siccum relinquat,& circūfluere cœpit,vt hoc casu nostro, (quemadmodū supra piscatores zu Brùbach deposuerunt,) sane locus ille ad dominum fluminis spectabit iure speciali feudorum, sicut de iure communi ad vicina prædia. *d.l.ergo. §.tribus modis acquir. dom.* Nam si flumen & alueus proprietate actoris est.

29 30

Igitur insula quoque eiusdem iuris censenda erit: cum † accessorium sequatur naturam sui principalis, *d. c. accessorium.* & eadem res † diuerso iure censeri non debet. *l. eum qui ædes. vsucap. l. 1. vers. nec rem patitur. Rer. permut. c. cum in tua decim.* Præterea † quod iuris est in re principali, idem est in eius augmento. *leg. etiamsi, vbi Bart. & Bald. C. iur. dot. si conuenerit. §. si nuda. pignor. act. l. inter socium. §. cum inter pact. dotal. Ias. conf. 146. vol. 2.* Quemadmodum in simili fructus, qui in fundo meo nascūtur,mei sunt,& arbor,quæ in fundo meo radices egit, mea est. Radix enim non permittit, vt † alterius arbor intelligatur, quam cuius in fundo radices egerit. *§. si Titius Rer. diuis. l. fructus pendentes. Rei vend.*

31 32 33 34

Licet igitur in iure feudali expresse non reperiatur, quod insula sit domini territorij, tamen ratio naturalis hoc dictat, quæ non patitur eandem rem diuerso iure censeri, & accessorium à natura sui principalis discrepari non potest. Scio in nostra feudali regulam esse, vbi non habemus † expressam decisionem in vsibus feudorum, standum esse decisioni iuris communis. *text. c. 1. vers. strennus feudi cog. Curt. p. 1. 4. quæst. pr. numero septimo, & p. 2. q. 2. principaliter nu. 72.* Sed de insula nata in flumine nihil iuribus feudorum statuitur. Ergo ad ius commune redeund.

35

Dico breuiter pro resolutione, quemadmodum supra in 2. præmisso dixi, flumina † publica de iure feudorum inter regalia cōputari. *c. 1. quæ sint regal.* Omnemq; vtilitatem ex ijs perfluentem ad dn̄m fluminis pertinere. Si igitur principaliter ad dominum feudorū pertinet, (contra ius cōmune,quo flumina omnia publica sunt, & ius † piscandi omnibus cōmune est, *§. flumina de rer. diuis.*) accessorium quoque ad eundem pertinere debet, ex quo omnis vtilitas ad ipsum pertineat, vt paulò ante rationibus demonstratum est.

36 37

Accedat pro confirmatione prædictorum, quod actor in actis allegat consuetudinem talem esse in suo territorio, vt insulæ in flumine natæ dominis cedant, ad cuius consuetudinis probationem se admitti petit in grauaminibus Cameræ, de qua petitione quid sentiam infra dicam. Allegat etiam multa præiudicia pro alleg. consuetudine,nimirum vicinis locis vbique receptum esse,vt insulæ in flumine natæ dominorum sint. Ita obseruatum in Insulis zu Nattenhouen / zu Berge / zu Ohrmundt / & zu Casela / ad quæ præiudicia breuitatis caussa me refero. Concludo ergo, actionem intentatam iure feudorum probatam esse.

An Elisa?

ATtento iure communi, non est dubium, actionem elisam esse. Licet enim eo iure flumen † quoad iurisdictionem sit dominorū territorij, *arg. l. insula verbo nullius.* Tamen in insula in flumine nata † proprietas eorum est, qui vicina possident prædia, *iuxta distinctionē l. adeo. §. insula. acquir. rer. dom. §. insula rer. diuis.* à quo iure non est recedendum, nisi de contrario constet. Nam quod non † repetitur expressum, relinquitur dispositioni iuris communis *l si extraneus cond. caussa data. Alber. l. Cæsar. n. 16. in f. cum seq. publ. & vectigal.* Et legū correctio † est vitanda. *l. Diuus. C test. l. præcipimus in f. C. appell.* vbi dicitur,quicquid hac lege specialiter nō videtur expressum,id veterum legū constitutionumque regulis omnes relictum intelligant. Et hoc maxime verum est in iure feudali, vt paulo ante dictum per test. *d. c. 1. feudi cogn.*

38 39 40 41

Quoniam vero iure communi hac in parte moribus feudorum derogatum esse supra cōclusi, videndum de alijs rei exceptionibus & defensionibus. Inprimis vero illud probatum est, Reum possidere prædium iuxta insulam per testes in actis *fol. 18.* & scabinos Mersenses *fol. 26.* Deinde quoque probatum est, insulam sitam contra frontem agri ipsius rei in actis *fol. 26. & fol. 22. fol. 2.* vbi scabini Mersenses deponunt, quod litigiosa insula jegen Rei Eiffen angelauffen ist/ quę duo requisita in hoc iure occupationis potissimū consideranda veniunt, *per iura supra alleg.* Præterea probatum est, Reum per quinquennium,vel sexennium, ante litem motam quiete & sine contradictione litigiosam insulam possedisse alijsque elocas-

elocasse, vt videre est in actis fol. 18. cum seq. Et hanc suam possessionem videtur Reus fundare magis in iure alluuionis, quam occupationis. Flumina enim auferre, & dare vbique in actis repetit, quod proprium est alluuionis, sibique olim decessisse, & nunc tandem accessisse, *vt in act. fol. 19. & fol. 27.* Idque disertis verbis in exceptionib' cõtra grauamina fatet, dum dicit, se d. locum bono, & alluuionis titulo possedisse & occupasse. Quo sane iure probato proculdubio actio elisa esset. Cum huic iuri moribus feudorum nihil derogatum sit, quemadmodum etiam ipse actor fatetur in act. *fol. 21 & 28.*

Probatum autem videtur primo ex depositione Scabinorum von Bach/ actis fol. 28. qui viderunt Reum sicco pede de suo prædio iuisse ad Insulam vnder zu Loch vber Girtt/ & redijsse supra ad prædium suum sicco pede.

II. Probatum videtur iudicio & censura der Wassermeister/ qui in rem præsentem adhibiti iudicium interposuerunt, nempe secundum ius alluuionis aut occupationis (Wasser recht vocãt) litigiosum Weehr ad appellatum pertinere, quorum autoritas in hac materia alluuionis & occupationis multum ponderis habet, eo quod sint † magistri iurati ciuitatis Leodiensis, in controuersijs fluminum aut alluuionis & occupationis, vt patet ex instrumento in actis *fol. 34.* Et vnicuique in sua † arte credendum, cum quilibet censeatur idoneus iudex earum † rerum, quarum peritiam profitetur. *text. §. quod auth. de non alien. aut permut. rebus Eccl. gl. §. præterea. R. diuis. & ibi Angl. Fab. continuè fac. l. 1. si mens. fals. dixi.*

42 43 44

III. Probatum videtur per depositionem Scabinorum Mersensium, fol. 56.

IV. Probatum videtur tot præiudicijs, qui per reum in fortioribus terminis contra actorem allegantur & producuntur, vt sunt Insulæ zu Ormundt/ Escla/ Streckenwassen/ Masselhouen/ quarum quædam etiam contradictorio iudicio obtentata & confirmata sunt, vt Insulæ zu Masselhouen/ fol. act. 40. Et Insula supra Escla/ de qua in actis fol. 54.

Quibus omnibus accurate perpensis dicendum esset actionem elisam atque ita pronunciarem ex iure communi, nisi ad originem nascentis aut natæ Insulæ recurrendum esset. *d. l. ergo. §. trib. acquir. rer. dom. l. adeo. §. Insula. Eod. t.* Præterea nisi appellans allegasset, tam in grauaminibus, quam replicis pro tuitione grauaminum art. 37. immemorialem: *vt supra quoque memini*: consuetudinem in territorio Mersensi in contrarium fuisse & esse, petijssetque eandem tam ad probandum, quam ad respondendum admitti, in euentum concludendo cum oblatione *si quid facti.*

Talis enim consuetudo (meo iudicio) cum ius feudale pro se habeat, & alias sola probata releuaret, non video quomodo in causa appellationis, & tanti præiudicij, eius probationem appellanti denegare possimus, contra ius comune. *per l. per hanc. C. temp. appell. c. fraternitatis extra test. & ordinationem imperij. t. 33. §.* in Fall. *cum seq. p. 2.*

Mouent me etiam processus nullitatis. Cõfusus vbiq; ordo, probationes & præiudicia hinc inde allegata ex diametro pugnantia. Nec video etiam rite probatum esse ius alluuionis, cum alluio † sit latens incrementum, vt non intelligi possit, quantum quoq; temporis momento adiectum sit. *§. præterea de rer. diuis. d. l. adeo.* Et non ita patere, vt litigiosa nostra Insula. Si igitur locus supra alluuium patenter emineat, non ius alluuionis, sed occupationis locum habebit: quia de necessitate alluuionis requiritur, vt sit latens incrementum. *Ias. cons. 146. in pr. vol. 2.*

45

Non obstant, quæ supra pro Reo adducta sunt. Et primo testimonium Scabinorum von Bach/ quod Reus sicco pede tum propter originem Insulæ, quæ tantum consideranda venit, tum quod ijdem primo pro actore deposuerunt in act. fol. 60. daß actor anno. 49. 3. Iunij & sic media æstate, & eodem anno, quo Reus eosdem produxit, noch mit 16. Personen quod comprobant etiam Scabini Mersenses, fol. 62. atque ita illis fides in præiudicium actoris habenda non est. Testis enim in vno † capitulo falsus, in tota causa falsus est, & nihil probat, siue prius falsum deponat, siue verum, vel contra. Totum enim indiuisibile vitiatur. *Bald. l. f. n. 2. C. Ed. D. Adria. toll.*

46

Non obstat secundo censura & iudicium der Wassermeister/ cum propter contrariam consuetudinem ab actore allegatã, tum quia absente & non citato actore, modo appellante, huiusmodi † visitatio facta sit, & sic nullius momenti. *c. 2. test. l. iudices. fid. instr. Res. 7. inter alios acta.* tertio nocere non debet, cum ne iudex quidem hoc facere possit. *d. l. de vna quoque re iud. c. conquerente Rest. Spol. & ibi Panorm. n. 3. & 6.* vbi dicit mente tenendum, quod cõtra iudicem † iniuste spoliantem possit agi possessorio recuperandæ, sicut contra priuatum. *Ripa l. naturaliter. §. nihil commune. n. 52. cum seq. acquir. poss.* Et sententia † contra absentem non contumacem lata est nulla. *l. aut qui aliter quod. vi aut clam. l. cum non eo die & ibi Bald. C. quando prouoc. non est nec.*

47 48 49

Tertio non obstat depositio Scabinorum zu Merß/ qui de consuetudine deponunt, quia magis de alluuione, quam Insula deponere videntur. Dicunt enim so den Eissen ablaufft vnndt wieder ansetzt/ quæ verba ad incrementum alluuionis latens pertinent.

Et sic

50 Et sic cum dubia † sit eorum depositio, cõtra producentem interpretatio facienda est. *c. in præsentia & ibi gl. verbo dubium probat.*

Vltimo non obstant alleg. præiudicia, tum quod externa sint, tum etiam, quia ex ijsdem locis contraria hinc inde ab actore & reo respectiue producuntur, quod suspicione falsitatis nõ caret. Cum igitur ius alluuionis probatum nõ sit, multo minus Insulam auulsam esse, de quo text. *d. §. quod si aliqua. R. diuis.* putarem, nos in hac varietate & incertitudine probationum consultius facturos, si tutiorem viam iuris & ordinationis ingrediamur, & allegatam consuetudinem ad probandum admittamus. Et in puncto Commissariorum, suo loco & tempore, Comissarios ad ocularem inspectionem ex officio, si non petantur, deputemus, ad inuestigandam originem Insulæ, num in flumine nata sit nec ne, idq; propter discrimen alluuionis & occupationis.

Pronunciandum itaq; interlocutorie & rescissa conclusione, allegatam consuetudinem ad probandum admittendam, vt infra in forma sententiæ habetur.

De Attentatis.

Actum officio Iudicis.

Anprobata?

PRobatum quidem est, Reum fuisse in possessione tempore inchoatæ litis, & lite pẽdente coram inferioribus iudicibus, per pignorationes & incarcerationes attentatum esse. Cęterum illa attentata huc non pertinent.
I. Propter sequestrationem, ad quam citatus fuit Reus, quæ licet contra ius facta sit, eo
51 quod lite pendente nemo † priuandus sit sua possessione, siue iuste siue iniuste possideat, tamen cum ab ea sequestratione, tanquam
52 illato grauamine † non appellauit, in suo vigore vsque ad finem litis relinqui debet. *per text. l. præses. l. cum prolatis. Re iudic.* Nam
53 de iure † valet sententia, nisi ab ea appelletur, præsertim si iuris error non exprimatur. Eleganter Zas. *in d. l. præses. n. 2. cum seqq.* vbi dicit,
54 quod error † in hypothesi non vitiat sententiam, licet alias iniusta sit, nisi appelletur *per text. d. l. præses. & d. l. cum probatis.* Exemplum ponit, vt si iudex dicit in hypothesi prouinciæ Titium potuisse testari, & hic Titius pupillus sit, qui de iure testari nõ potest. Hæc sentẽtia licet iniusta sit, valebit tamen, si ab ea non appelletur. Secus si error sit in thesi, vti dicat, *prõnũcio pupillũ testari potuisse.* Quo casu, ipso iure non valet sententia. At in pręsenti nõ in thesi, sed in hypothesi erratum esse potest, quod sc. litigiosa Insula apud scultetum in sequestro, in vsum victoris esse debeat, vsq; ad finem litis. Secus est, si in thesi erratum foret quod sc. sequestratio lite pendente fieri possit: quia tũc appellatione opus non fuisset.
II. Deinde accedit, quod per illam necessariam sequestrationem Reus sua possessione non sit priuatus, quoad naturam actionis, sed tñ quoad fructuum perceptionẽ, quæ inter se multũ differunt, *c. fin. & ibi Panorm. de seq̃strat.*
III. Præterea in libello attentatorũ in Cam. exhibito, super quo tantum lis est contestata, nulla sit mentio sequestrationis, sed in actis solummodo ponitur, quod appellans lite pendente per suos deputatos in loco litigioso salices inciderit, atque ille articulus negatus est, nec probari potest per instrumentum litera B. notatum. Scio quod in Cam. super articulis attẽtatorum nulla sit Cõmissio decreta. Vnde sequitur, testes per notarium sine commissione receptos, & consequenter nullam fidem facere, præsertim cum nec appellans ad videndum recipi testes citatus sit. Eodem modo respõdeo ad art. & instrumentum signatũ litera B. Cum igitur iudex † appellationis nihil possit reuocare, nisi quod post interpositã appellationẽ, fundatam sua iurisdictione attentatum est *per ea quæ not. c. solum. in gl. de appell. lib. 6.* & articuli sextus & octauus probati non sint. Ideo concludo, appellantem in primo attentatorum absoluendum esse, & processus de relaxando denegandos, eo quod ad causam attẽtatorum pertineant, & appellato non licuerit sequestratis fructibus salices incidere in loco litigioso: præterea quia relaxat⁹ nulloq; iuramento obligatus, consuetudine supra dicta (de qua in 27. articulo replicatorio) nõ probata pronunciandũ secundum ius commune pro appellato. Sententia est in euentum concepta. 55

Sententia.

IN der Appellation Sachen Ludewig von Laubeck Appellanten seyn die Replicatorij articuli den 14. Decemb. anno. 52. einkommen / von den 24 an / biß den 29. einschließlich hiermit zu beweisen zugelassen / darauff gemelter Appellat in Zeit / vnnd wie sich vermöge der Ordnung gebührt / antworten soll. Vnd dann in puncto supplicationis, ist gemelten Appellaten sein Begehren / als vnnötig hiermit abgeschlagen. Ferner in pũcto attentatorum, ist zu Recht erkandt / dz den Appellaten nit geziemet oder gepühret habe geclagter Massen zu attentiren / sondern daran zuuiel vñ vnrecht gethan / darũb von Ampts wegen beschehene sequestration vñ darauff erfolgte Gebott obligatiõ vñ Burgschafft hiermit cassirt vñ auffgehaben / vnnd erkendt dz gedachter Appellat wieder

wieder in dē ſtādt vnd poſſeſſion des ſtreitigen Weehrs/wie es zuvor geweſſen/zu reſtituierē / Jhme auch die auffgehabene Nutzung wiederumb zu antwortē vnd zuzuſtellen/ Er auch in gerůhigē Beſitz gedachtes wehrs/biß zu außtrag der Hauptſachen zulaſſen ſey/dē Appellantē jhme dem Appellatē hiermitt in den Gerichtskoſtē diß Puncten halben vffgelauffen / nach Rechtlicher ermeſsigung zu endrichtē vnd zu bezahlen fällig vrtheilendt.

DEC. II. VOTVM VIII.

In Causa Balthasar Leffelholtz Actoris & Appellantis,

Contra

Wolffgang Staden Reum & Appellatum.

De beneficio excußionis ex Epistola D. Adriani. Reconuent. ex l. 2. C. de rescind. vendit.

SVMMARIA.

1 *Fideiussor conueniri debet ante indemnitatis promissorem.*

2 *Fideiussor & indemnitatis promissor differunt.*

3 *Excusio bonorum non præsumitur, habetq; sua specialia requisita.*

4 *Vsurarum stipulatio de iure communi inter mercatores subsistit.*

5 *Contractus vsurarij ex constitutione Imperij prohibiti sunt, & eorum pœna.*

6 *Decepto vltra dimidium iusti pretij an competat esse ium iudicis, an vero condictio ex contractu emtionis & venditionis, beneficio l. 2. C. de rescind. vendit.*

7 *In bonæ fidei cōtractibus veniunt ea, de quibus actum nec cogitatum est.*

8 *Actionis ex contractu requisita.*

9 *Beneficium l. 2. C. de rescind. vendit. quib. casibus cesset & detur.*

10 *Libellus debet esse clarus & certus, non incertus, & alternatiuus. Libellus alternatiuus quando admittatur.*

11 *Pretium rei cuiusq; iustum non ex cuiuslibet affectione constat, sed ex communi hominum æstimatione.*

12 *Iudex secundum allegata & probata pronūciare tenetur, aliàs litem facit suam.*

13 *Valor prædij colligi potest ex fructibus decimarum venditarum.*

14 *Aestimatio non unius anni, sed omnium annorum facienda est.*

15 *Vires rei suæ quo casu quis ignorare præsumatur.*

16 *Pretium rei suæ, & uires quando quis scire præsumatur.*

17 *Scire & scire debere paria sunt.*

18 *Errans in facto proprio, in lata culpa dicitur esse.*

19 *Dolus non qualitate pretij, sed qualitate facti æstimatur.*

20 *Dolus non præsumitur, nisi probetur.*

21 *Bona fides semper præsumitur, maximè si quis titulum habeat onerosum.*

22 *Error ex enormi læsione præsumitur.*

23 *Vendens rem minoris sciens prudensq; non dicitur deceptus, nec agere potest ad rescindendum contractum.*

24 *Sciens æquiparatur renuntianti.*

IN NOMINE Domini. Amen.

IN Causa conuentionis actum puto actione fideiussoria sine mandati, vel certi condictione exstipulatum. Videndum inprimis an competierit.

Dico breuiter, quod non. Idq; ex duplici fundamento. 1 Quia actor noster regressum habet aduersus Bartolomæū lapicidam, pro quo ipse principaliter fideiussit, & cuius obligationē ab Almerbach redemit: hunc inprimis excutere debuit, antequā Reum † tanquā indemnitatis promissione conueniret *auth. præsente. C. fideiussor & ibi late dd* Eo legitime excusso, si soluendo non fuisset, tunc demum regressum contra promissorem indemnitatis (qui tamen à fideiussore † aliquo modo differt, *ut not. Zas. l. si quis ab alio. n. 3. & §. seq. in pr. Re iud.*) habuisset, eumque pro ea parte, qua indemnitatem promisit, conuenire potuisset. Cum igitur in præsenti nulla facta est excusio contra lapicidam, cum hoc allegatum non sit, † eaq; nō præsumatur, quia in facto consistit, suaque specialia requisita habeat, *vt in l. stipulatio. §. habet. n. 1. oper. nou.*

nūc. Angl. §. si quis.n.10. Inst.act. Bald.auth.sed hodie. n.3.C.act. & obligat. Concludo ex hoc primo fundamento, actionem non competere.

Alterum fundamentum est, quod contractus principalis, cuius nomine Reus indemnitatē promisit, vsurarius fuerit, & sic ex cōstitutione Imperij ipso iure nullus. Nā ex obligatione principali constat, excessus scil. 8. flor. in singula centena ꝓmissos esse. De iure quidē communi huiusmodi cōtra- 4 ctus & vsurarū stipulatio subsisteret † inter mercatores, vt habetur *l. eos. §. 1. C. usur.* vbi Imperator modū vsurarū prçscribit secundum personarū qualitates, & rerū circumstantias. Cæterum ex constitutione Imperij hu- 5 iusmodi contractus penitus † ꝓhibiti sunt, & cōtrahens quartā partē totius sortis amittit, iudicibusq; mādatur, ne desuper cognoscant, aut executiones faciant, tantū quincunces in reditibus annuis ꝑmittuntur. Vt videre est in recessu Augustano Anno 1550. & reformatione Politię 1541. Item anno 48. sub t. von wücherlichen contracten. Ex hoc ergo solo capite, etsi excussio legitime facta esset, ꝓnunciandū puto bene iudicatum, male appellatum cum expensis, vt D. Referentes.

Quod ad causam reconuentionis attinet dd. *l. 2. C. resc. vend. & Canon. c. pen. empt. & uend.* variant.

6 An decepto vltra dimidiū iusti pretij cōpetat officiū iudicis, an vero condictio ex contractu empt. & vend. beneficio *d. l. 2.* Cōmuniter tamē placuit dari actionē ex vendito, & sic ex eo contractu, cum in bonæ fi- 7 dei contractib' veniāt † ea de quibus neque actum neq; cogitatū est. *l. 2. C. act. empt. Ita tenet gl. l. 2. C. resc. vēd. verbo iudicis quam sequuntur Bar. ibid. n. 2. & Sal. n. 5. Itē tenet gl. c. pē. verbo restituerēt, & ibi Pā. n. 9.* vbi tamē indifferēter cōcludit, deceptū vsq; ad 30 annos agere posse siue imploratum officium iudicis, siue actum sit condictione ex *d. l. 2.* siue actione ex 8 cōtractu. Huius act. requisita † sunt, vt agens in libello narret, & demū probet, quod tēpore contractus, sc. emptionis & venditionis res ista valebat tantum *text. l. si volūtate. C. Resc. vend.* Nā valor ille, qui tēpore cōtractus fuit, non etiā tempore petitionis, pretium dicitur. Deinde narrare & probare debet, ꝙ errore ductus ita vendiderit. *per text. l. 1. C. si maior fac. aliē. rati hab.* Nā † si sciēs, prudensq;, 9 minoris vendiderit, vel pluris emerit, cessat beneficiū *d. l. 2.* vbi ita tradūt communiter dd. *Bart. n. 6. Sal. n. 21.* Hæc in præsenti articulauit reconuenies, petijtq; alternatiue rē venditam rescisso cōtractu restitui, vel iustū pretium suppleri: quæ quidē libelli petitio cōmuniter approbata est. *Bart. d. n. 16. per text. d. l. 1. C. si maior fact. Pan. d. c. pœn. per ill. text. in pr. qui ad hoc est expressus, licet alias regulariter* libel- lus † alternatiuus nō valeat, quia est incertus 10 sed libellus debet esse clarus & certus. *c. 2. libelli oblat. Pā. c. cōstitutum. n. 9. Rest. in inte. vbi communiter dd.* Illud tamē nō ꝓcedit, si incertitudo causetur ex facto rei, quia tūc admittitur libellus incertus, vt peto rē, vel si nō extat ꝓtiū, aut æstimationē. *Bart. l. 1. ... n. 2. quor. leg.* Et hoc in terminis nostris tenet Pan. *d. c. pē. n. 2. dd. d. l. 2. per text. d. c. pē. et text. d. c. cōstitutum.*

Videndū ergo, quid sit probatū. Et in primis considerandū † venit iustū cuiusq; rei 11 precium, non ex cuiuslibet affectione aut sumptu cōstare, sed ex cōmuni hominum æstimatione. *l. precia rerū. d. l. fulc. vbi Imm late dd. d. l. 2. Molin. de cō. cōmerc. & usur. quæst. 5. Couar. var. resol. lib. 2. c. 2. n. 4. vt ibi cōmuniter cō. ludunt.* Illud dici iustum pretiū per testes vel iudicis inspectionem tradunt dd. ibid. Maxime Bart. & Sal. *d. l. 2.* Et quod sit iustum pretium annui reditus ꝑpetui tradit Couar. *var. resol. c. 9. lib. 3. n. 3. Molin. loc. cit.*

In præsenti ad probandū articulatā deceptionē tantum testes aliquot producuntur. Igitur eorū dicta diligēter ponderada sunt, & in facto nihil supplendū. Sed secundū al- 12 legata & probata iudicandum, ne litē nouam faciamus *dd. l. illicitas. §. veritas. ff. præsidis. Can. late. c. pastoralis. off. & potestate iud. de lege.* Deponunt autem de fructibus venditarum decimarū, ex quibus quidē rei vel † prædij 13 valor colligi potest. *l. si quod. C. rescind. vēd. Bal. l. 2. eod. tit. n. 25. gl. ibid. verbo æstimatur.* Sed an in nostro casu cōmunis rei æstimatio, quę fuit tempore cōtractus, sc. venditionis per eos ꝓbata sit, quod requiritur, vt dixi valde dubito. Nō enim deponunt de tēpore contractus, sed de eo, quo ipse emptor decimas possedit & elocare voluit, & quoq; magna fuit annonæ sterilitas. At vero † non vnius, 14 sed omnium annorū facieda est ęstimatio, quod hic desidero.

Pręterea considero quoq, secundū requisitū, quod sc. inconsulto errore ductus vendiderit rem infra dimidiū iusti pretij: Error enim probatur, si fundus sit in remotis locis, vel venditor successit in ius alterius, aut diffusum habeat patrimoniū, quo casu quis vires † rei suæ ignorare præsumitur. *d. l. quis- 15 quis. C. resc. vēd. l. qui in alterius Reg. Iur. gl. d. l. 2. verbo debuerat. Sal. ibid. n. 33. Bal. n. 9. Bart. in auth. Sed cū testator. n. 5. ad l. Falcid.* Secus si sit in propinquo, si res familiaris, si diu eā possederit, fructus possederit. *d. l. quisquis. Bart. vbi supra.* Nā tum † pretiū rei suę & vires patrimo- 16 nij quis scire præsumitur. *d. l. quisquis. fac. text. c. ab excōmunicato & ibi gl. verbo de facto Rescr.* At in præsenti constat ex actis, rem venditā in familia venditoris 200. retro annis fuisse, nō in remotis locis, sed propinquis, vt respectu positam familiarem, nō recenter acquisitā, sed diu possessam, ita vt ꝓculdubio

veram

17 veram rei æstimationem † sciuerit, aut scire potuerit, quæ parificantur. *l. quod te si cert. pet.* Igitur in consultum errorem allegare non 18 potest, Imò † in lata culpa dicitur, qui errat in facto proprio *d.c. ab extraneo & ibi glos. verbo de facto. Ferrar. for. act. Realis, verbo compellatis, n.* 12. *Rom. cons.* 391. multo minus dolum inter- 19 uenisse, eo quod ille non † qualitate pretij, sed qualitate facti æstimetur. *l. dolus res. ven.* 20 neq; præsumatur, nisi probetur. *l. dolum. C. dolo & ibi communiter dd. l. si dolo. resc. vẽd. ubi Sal. in pr.* 21 Sed in dubio semper bona fides † præsumitur, maxime si quis titulũ habeat onerosum, *l. pen. C. euictiõ. gl. ibid. verbo debet, Alc. pulch. reg.* 3. *in pr. quæst.* 5. Et quamuis magis secundũ cõ- 22 munẽ opin. sufficit allegare errorẽ, eumq; † ex læsione vltra dimidiũ iusti pcij præsumi, *vt not. Sal. d. l. 2. n. 32.* & communiter DD. *excepto Bald. ibid. n.* 9. qui putat in dubio recurrendũ ad coniecturas vt si circa res colendas versabatur, præsumantur scire valorẽ ex reditu, secus si res erat in remotis locis, vel habebat diffusum patrimoniũ; quia tũc præsumitur ignorantia, eo quod nemo præsumatur suum iactare. Quãuis igitur error ex enormi læsione psumat, tamẽ in nostro casu ppter diuturnã possessionẽ, qualitatẽ & quantitatẽ redituum, ex quib. res cognoscitur, *l. quisquis. C. resc. uend. uers. redituũ quantitas, Bald. d. l. 2. num.* 25. concludo, actorẽ valorem rei suę sciuisse, & sic propter scientiã ipsius, *d. l. 2.* locum non habere. Nã qui sci- 23 ens † prudensq: minoris vendit, nõ dicitur deceptus, nec agere potest ad rescindẽdum cõtractũ. *l. uẽditor. C. resc. vẽd. l. 1. act. empti.* Quia sciens † æquiparatur renuncianti. *l. quæritur.* 24 *§. si uẽditor. Æ dil. edict. Bald. d. l. 2. n. 2.* vbi hoc limitat pulchre in minore, muliere & rustico, & infert beneficio d. l. 2. posse renũciari expresse & tacite. Pronunciandũ itaq;, male iudicatum, bene appellatum, Compensatis Expensis.

Nõ fui Referẽs, neque correferẽs. Conclusum maioribus votis cõtra me, deceptionẽ esse, batam ex dictis testium sufficere allegare errorẽ, eumq; ex læsione enormi legis beneficio psumi secundũ magis communem dd. opinionẽ *in d. l. 2. & Petr. Iacob. in act. ex uẽdito. n.* 3. Publicata in forma cõmuni cõfirmatoria sententia. 30. Aprilis. Anno 65.

DEC. II. VOTVM IX.

In causa Lupoldi Firmers/

Contra

Steffan Mandell.

Iniuriarum, & inprimis de probat. adulterij.

SVMMARIA.

1 *Maritus in uxoris pudore propriam iniuriam patitur.*

2 *Iniuria quæ fit ijs, qui uel potestati nostræ, uel affectui subiecti sunt, ad nos spectat.*

3 *Vxor, viro facta iniuria, iniuriarum agere nõ potest.*

4 *Defensio officium uirile est, non muliebre.*

5 *Actionis iniuriarum fundamentum est animus iniuriandi.*

6 *Iniuria ex affectu facientis consistit. & numero* 39.

7 *Propositum & uoluntas maleficia distinguũt. & nu.* 40.

8 *Verbum iniuriosum, siue in genere siue in specie, importat aliquod delictum commissum.*

9 *Verba illa latro, gladiator, fur &c. iniuriosa sunt, etiamsi proferantur in genere, nec certam speciem maleficij in se contineant.*

10 *Verbum iniuriosum omne, præsertim si sit atrocissimum, præsumitur animo iniuriandi prolatum, nisi contrarium probetur.*

11 *Negans in actione iniuriarum probare debet negatiuam.*

12 *Negatiua in actione iniuriarum quomodo probetur.*

13 *Propinqui, coniuncti, magistri uel maiores iniuriarum non præsumuntur, sed magis animũ corrigendi habere.*

14 *Animus talis præsumitur, qualia uerba sunt & facta.*

15 *Infamare dicitur ille, qui pronũciat aliquod uerbum, quod infamiam alicuius continet.*

16 *Nocentem infamans, non debet ob eam rem infamari.*

17 *Peccata nocentum nota esse oportet.*

18 *Testimonium de uisu & auditu proprio ad probandum adulterium de iure conueniens est, probatq; carnalem copulam, non tamen sufficiens sed euidens.*

19 *Testes etiamsi uiderint uirum super mulierem, non tamen coitum probant.*

20 *Adulterium non directo, sed tantum ex præsumptione probatur.*

21 *Testes, si uiderint uirum & mulierem in latebris exosculantes se mutuo & amplexantes probant adulterium.*

IN NOMINE Domini Amen.

ACTVM actione iniuriarũ [...]toria ciuiliter, ad vindictã & aestimationẽ contumeliae. *l. 2. §. emancipatus. vbi gl. verbo magis coll. bonor. ñ. Bart. l. praetor edixit. §. si dicatur. n. 1. Iniur.* vbi latius explicat, quando dicatur actio iniuriarum ad vindictã intentata. *Rom. cõs. 117. n. 2.* Actũ, inquam, iniuriarũ, tam proprio quã vxoris nomine. Nã † maritus etiam in vxoris pudore propriã iniuriã pati dicitur. *l. 2. C. iniur. l. 1. § in Eod.* Spectat † enim ad nos iniuria, quae fit ijs, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sunt. *d. §. Item vbi gl. verb. affectui. §. patitur Inst. eod.* Contra autem si viro iniuria facta sit, vxor † iniuriarũ agere non potest. *l. 2. ff. iniur. vs. d. §. patitur.* Ratio adsignatur vbiq;. Quia defendi vxores à viris, nõ viros ab vxoribus aequum est. Defensio enim officium † virile est, non muliebre. *l. 2. ad velleia. l. 2. R. Iur. Henning. cons. 102. n. 5. cũ seqq.* vbi hoc in pulchro casu limitat.

An probata?

QVAE sint huius actionis requisita notum est ex Rofredo. Fundamentũ vero & principale requisitũ in omni actione iniuriarum † est animus iniuriandi. Iniuria enim † ex affectu facientis consistit. *l. 1. §. illud Iniur. Henning. cons. 106. n. 27.* Nec enim factum quaeritur sed causa faciendi. *text. l. verum fuit.* Nam maleficia † propositum & voluntas delinquentis distinguunt *l. qui iniuriae. ff. d. t.*

Videndum igitur an probatus animus iniuriandi. In iure nostro verbum iniuriosum dicitur, siue in genere, siue in specie importat † aliquod delictum commissum, prout declaratur *l. apud Labeonem. §. ait praetor. n. 3. Iniur. Bart. l. 3. n. 2. lib. & post. d.* vbi dicit, quod verba illa, † *latro, gladiator, fur, &c.* licet proferantur in genere, nec certam speciem maleficij in se contineant, tamen iniuriosa verba sunt. Idem tradit Alex. *dicta lege 3. numero 1. Angl. tr. malef. uerba iniuriosa in primis fol. 354. Henning. d. cons. 106. n. 28. Fel. c. cum te. n. 18. sent. & re iudic.*

In praesenti vtrumq; factũ est. Nã adulteriũ vxoris, tã in genere q̃ specie actori palã, & in

& in publico obiectũ fuit, er wölle es beweisen/wüste einen etc. Deinde in personam actoris alia conuicia, vt supra 8.9. art. & per testes productos sufficienter probantur. Nam 5. artic. probat 2. & 7. testes ad 6. interrog. & 2. test. ꝓducta in 4. causa ad 8. interrog. & 4. testes ad hũc art. cum causa sciẽtię, quia met audiuit art. verba. Octauum art. probat 2. test. ad 6. int. Nonũ ꝓbat. 2. test. vt supra & 3. test. ad 31 art. 17. in effectu credi tus est, quia fatetur Reus se dixisse, er wölle eine darstellẽ/der es geschẽ etc. prout & ponit in 15 defen. 18. art. reus quoq; nõ diffitetur, & probatur per 12. 19. & 20. testes.

Quod autẽ articulata cõuicia animo iniuriandi obiecta sint, dubium non est.

I. Quia de iure communi omne verbum 10 iniuriosum † præsertim si sit atrocissimum, vt hoc, præsumitur animo iuiuriandi perlatum, nisi contrarium probetur. *l. si non conuicij vbi gl. verbo probare. C. Iniur. Bal. l. 1. Communiter dd. ibid. Angl. vbi supra verb. verba iniuriosa. Henning d. cons. 106. n. 28.* Et neganti † 11 incumbit onus probandi, quod non dixerit animo iniuriandi, & sic negatiuam negãs probare debet *Bald. d. l. si non conuicij.*

12 Probatur † autẽ negatiua, si verba iniuriosa dicta sunt à propinquis & cõiunctis personis. Ite à Magistro † 13 vel maioribus, in quibus præsumitur abesse animus iniuriandi. *gl. not. l. 2. teste verbo testimoniũ. iniur. Bar. l. vt vim. At Iust. & Iur. n. 4. in f. Angl. ubi supra verbo verba iniuriosa.* Nam in huiusmodi personis magis pręsumitur animus corrigendi, quam iniuriandi. *fac. l. vn. C. emend. propinq. l. vn. C. emẽd. Seru.* 14 Ratio † dictæ constitutionis est quia talis præsumitur animus, qualia verba sunt facta. *l. quod Labeo. supp. leg. Bald. d. l. si non conuicij in pr. Rom. cons. 96. n. 4.*

II. In Reo nostro animus iniuriãdi adfuisse pręsumitur, q͂a publice infaustas illas voces euomuit in vicinia: vesperi, nocturno tẽpore, nõ clam, sed magna vociferatione.

III. Quia in publico infrenata conuiciãdi libidine ꝓclamauit, se habere eius rei probationes in promptu, ja ich wils beweisen/oder ein Schelm seyn/ *per doctrinam Bar. l. turpia. n. 3 l. 10.* Vbi tradit, quod infamare † 15 dicitur ille, qui pronunciat aliquod verbum, quod infamiã alicuius continet. Ita tradunt dd. *l 3. lib. & posth. Henning. cons. 106. n. 30.* Denique accedunt colloquia vltro citroq̃ue, priuatim, domi forisq;, cum familia actoris habita. Ex quibus omnibus animus iniuriandi clarissime ostenditur. Et primũ concludo actionẽ multipliciter probatã.

An Elisa.

Reus, vt dixi, non diffitetur criminationem, sed omnem victoriæ speciem in veritate. conuicij ponit. Nam quod nocentem infamauit, nõ debet ob eam † 16 rem condemnari. Peccata † 17 enim nocentiũ nota esse oportet. *l. cum qui nocentem Iniur. vbi Bar. in f. l. si non conuicij. C. eod. & ibi* DD. Quapropter iam ante actam vitã actricis diligenter inquirit, quomodo se iã ab ineunte ætate, & quasi ab incunabulis, præterea constante matrimonio gesserit. Sed vt cõpendio dixerim, quod sentio, nil aut parũ probat. Testes enim tam domestici, quam vicini, vno veluti ore omnes deponunt, quod honeste semper & vbiq; se gesserit; vnico tantũ excepto, qui certe secundum iuris formulam adulterij infamiam probare videtur, dũ disertis verbis de actib. propinquis deponit, ꝙ scilicet ludimagistrum vnà cum actrice in eodem cubiculo, eodemq; lecto nudum cum nuda inuenerit. Tale † 18 testimoniũ de visu & auditu proprio ad probandũ adulterium de iure conueniẽs dicitur, probatq; carnalẽ copulam. *text. sing. c. præterea test.* sufficiẽs enim testimoniũ in hoc reddi non potest. Ideo inquit text. *d. c. præterea vbi eti ãnot. Panor.* satis esse quod sit euidẽs quia sufficiẽs dari nõ potest. Licet enim testes viderint virum super mulierẽ, non hoc necessario infertur, ꝙ † 19 illã cognouerit, quia multa possent esse impedimẽta, quia frigidus & maleficiatus erat, vel nõ poterat tunc coire. *Ita Pan. d. c. præterea. in pr.* Hinc pro regula traditur: adulteriũ † 20 nõ potest directo, sed tantũ ex pręsumptione probari, veluti si nudus cũ nuda in eodẽ lecto repertus sit. *d. c. præterea & c. tertio loco præsumpt. Angl. vbi supra verbo adulterato vers. visis. n. 41.* Itẽ si testes viderint virum † 21 & mulierem in latebris se osculantes mutuo, & amplexãtes probãt adulteriũ, quia sunt † 22 actus propinqui ad actũ venereũ. *Ita Pan. d. c. præterea. n. 2. & expresse ita tenet Bar. l. c. 5. n. 2. ad l. Iul. de adult. l. quod ait lex. n. 2. eod. t.* vbi dicit, si quis reperiatur in camera cum muliere, quod sint præparatoria Veneris, & quod ꝓ ista verisimilia probetur adulteriũ. *Et Pã. d. c. 3. loco n. 4.* dicit, quod si aliquis repertus † 23 fuisset in camera cũ sola muliere, horis ad hoc cõmodis, hoc sufficere ad probationẽ delicti, vel ipsam osculantẽ vel tãgentem, vel in similib. actib. propinquis. Et *Bal. d. l. neq; natales. C. de probat.* dicit, quod aliqua sit meretrix † 24 probatur nõ probato actu, sed circũstantijs vt plurimũ verisimilibus, vt quia passim intrabat domũ scholares de die & nocte, quia quãdo † 25 scholaris loquitur cũ puella non præsumitur ei dicere Pater noster. *refert & sequitur vbi supra Angl. v. adulterato. n. 41. in f.* Hinc *Pan. 1. ex literis n. 1. præsumpt.* dicit, quod † 26 vbi actus non potest probari directo per sensum, sufficit testes deponere super actibus propinquis, dũ tamẽ adijciat, se credere ita esse. In tali casu testimonium de

17 de crudelitate valet. Sufficit†enim dictum testis concludere præsumptiue, quando præsumptio est violēta & iuridica *per text. d. c.literis in f. ubi Pan.n.1.allegās Bart. l.i.si cert.pet.*

18 Addit quod regulariter†testimoniū de credulitate valeat, vbi credulitas est proxima sensui, per quā percipitur veritas, vt si testis dicit, se vidisse nudū cum nuda in eodē lecto, vnde credit eos adulterium commisisse, talis testis probat. *d c. ex literis. de test.* Secus si credulitas remota sit à sensu tali, vt si dicat testis, quod vidit virum & mulierē confabulantes, & ex eo credit, copulā subsecutam, talis credulitas non probat, quia est nimis remota à sensu vel actibus, per quos veritas percipitur. *Ita Pan. c. quoties. n. 6. Test.* Probare igitur adulteriū non potest directo, sed per coniecturas & præsumptiones *ut supra in loco alleg. adde gl. l. 1. §. qui puero vers. propter extraord. Angl. l. 2. §. si simul ad l. Iul. de adult. n. 3. Idem l. si qui adulterij. C. eod. in f.* Illud obiter obseruandū, quod sicut per præsumptionē ꝓbatur adulteriū plene, scilicet per alias probationes excluditur dicta probatio,

29 & præsumptio†præsumptiua, puta præsumptione cōsanguinitatis, vt si consanguineus consanguineā osculatus, vel cū ea in actibus propinquis deprehensus sit. Nā tali casu consanguinitatis præsumptio facit cessare

30 præsumptionem adulterij, quia lex † non præsumit scelus in talibus personis, licet tales actus probentur. *fac. text. l. eum qui. C. Ep. & Cler. Angl d. l 2. §. si simul. n. 3. & d. l. si adulte-*

31 *rij. & d. tr. malef. n. 42.* Prædicta præsumptio† adulterij cessat etiā in clerico, qui non præ-

32 sumitur osculari †mulierē animo venereo, sed ex charitate & bono zelo. Nam in eo nō præsumitur adulterij præludium. *gl. c. at si verbo si instrumentum* 11. *q. 3.* Sed *Angl. d. tr. malef. n. 9. inquit, à tali charitate libera nos Domine.* Cum igitur in præsente casu testis iste de visu & auditu proprio deponat, si contestē haberet, procul dubio fidem de commisso adulterio faceret. Nec refert, quod sit do-

33 mesticus, quia delicta, quæ in domo†committuntur, per domesticos probantur. *l. cōsensu. §. fin autē aliter. C. Repud.* Rō. *cōs.* 451. *n. 7. Alex. cons. 77. n. 4.* vbi dicit, quod ad probandū ea, quę secrete aguntur in domo, admittūtur ad testimonium illi, qui sunt de domo. Quoniam vero præsumptionem violentā fama consentiens subministrat *d. c. preterea*

34 & vnus testis de visu†cum fama, alijsq; adminiculis sufficiens sit probatio in delictis, quę occulte fiūt. *Pan. d. c. preterea. n. 8 per text. in auth. si quis et. C. ad l. Iul. de adult.* Videndum obiter de cæteris adminiculis à Reo articulatis, an sint probata.

35 Adminicula & †pręludia adulterij sunt, tactus, visus, risus, iocus, missio nunciorū, cohabitatio, amplexus, osculum, & similia. *Pā. d. c. preterea. n. 7. Ang. d. tr. n. 9. gl. l. 1. § qui verbo propter extraord. cum Bar. d. l. capite quinto Adult. DD. ubi supra.* Reus pro adminiculo ponit 27. & 28. art. defens. quod d. ludimagister offtmahls den Kopff inn jhren Schoß gelegt. Hos articulos veros dicit testes duo domestici. Porro in 29. art. ponit de fama publica, quod publice diffamata fuerit actrix cum d. ludimagistro, quem verum dicunt 2. & 5. test. ad 26. art. in 2. causa producti. Ex quibus consentaneum videtur adulterij infamiam satis probatā esse.

Cęterū, quia omnes testes, vno vel altero excepto, de integritate & vitæ honestate actricis dep onūt, & articulata fama legitimo modo probata nō†sit, vtpote non habens actum ex probabilibus coniecturis, quod requiritur præsertim in criminalibus *per not. Panorm. & ueniens n. 8. test.* & *ibi communiter Canon.* mallem in humaniorem partem descendere & pro honestate potius, quam adulterio præsumpto concludere. Idque eo magis in præsenti casu iniuriarū, quod etiam veritas conuicij reum non excusaret ab iniuria. Nā ad hoc, vt eximatur quis ab

36 †iniuriarū actione, nō solū requiritur veritas cōuicij, verum etiam, q̄ absit libido & voluntas iniuriandi. *text. not. l. iustissimas C. off. rect. prouinciæ. fac. l. quisquis. C. postul l 3. quemadmodum testam. oper.* Non enim debet aliqs alterius infamiā sine causa detegere.

37 Defectus † enim nostros detegi inhumanū & iniuriosum est. *l. 2. C. quando & quibus 4. pars &c. lib. 10.* Hanc quæstionem, quando

38 scilicet † veritas conuicij excuset ab iniuria, quam tractant, Ioannes Andr. *ad rubr. Spec. de iniur. in pr. Couar. uar. resol. lib. 1. c. 11. n. 6.* quibus locis varie distinguunt, an expediat Reipublicæ scire conuicium vel non, an extra vel in iudicio obiectum sit, sed parū ad propositum. Nam posito, adulterium cōmissum fuisse, non tamen debuit Reus illud eo modo propalare. Sapientis dictum est, *clam arguas propinquum, sed palam laudaueris.* Atq; hic palā non laudatus, sed atrocissime diffamatus fuit actor in rixa, & sic animo nō corrigendi, sed iniuriandi. Et ita in specie tradunt Oldrad. *cons. 83.* Rom. *cons. 96. Panor. d. c. cum te à B. n. 29.* quibus locis dicitur, quando sine causa conuicium dicitur, puta in rixa, tū etsi quis verum dicat, tenebitur actione iniuriarum, siue illud conuicium venit ex culpa, siue non, quia tunc substantiale requisitum adest, scilicet animus in-

39 iuriādi. Iniuria†enim, vt dixi, ex affectu fa-

40 cientis consistit. *d. l illud*, cum in delictis† cōsideretur voluntas & non exitus *l. diuus ad l. Corn. de sicar. Old. & Rom. vbi supra.* Frustra igitur & calumniose post factum cōtendit & adse-

& adserit Reus, corrigendi gratia conuiciū dixisse, & sic animum iniuriandi non habuisse *per text. d. l. vn. Emend. propinus. Pan. d. c. cum te à B. n. 29. & communiter DD. vbi supra* iuxta illud. *amici vicia si feras, facis tua.* Quia ex tot iteratis iniurijs animus prauus manifeste colligitur, quod cumulate in rixa publicè, nocturno tempore, in vicinia conuicia dixerit, vt proprie libidini & iræ satisfaceret. Quę porro de Langsdorff & famulo actoris articulantur, nouam iniuriam concernunt, ideoque adminiculum adulterij ad factum præcedens nullum præstant. Præterea nihil de ijs quoque probatū est, quod opinionem vtriusq: grauare possit. Vnde paucis concludo, actionem probatam & non elisam esse.

Quid pronunciandum.

QVoniā in libello multæ iniurię cumulantur, dubitari posset, vna ne iniuria, an plures in iudicium p litis contestationem deductæ sint? verū cōmuniter 41 concludo †, vnā iniuriā esse, si quis vno impetu plura verba iniuriosa dixerit. *l. pretor. §. si nihil. item apud Lab. §. ait pretor. iniur.* Quemadmodum in simili multiplicatio 42 verborū † nō inducit multiplicationē legati *l. mœnius. §. cū qui leg. 2.* vna enim est persona, quæ verba multiplicauit. Ergo vna iniuria; secus si plures fuerint personæ iniur. *Alber. tr. statutor. lib. 2. q. 39. per tot. quam refert & sequitur Angl. d. tr. malef. verbo verba iniuriosa. num. 6. Couar. d. l. 2. item apud Labeonem. §. ait pretor. n. 2.* distinguit, si oratio pluries repetatur, quod sit vnum verbum, siue vna iniuria, & vnum testamentum, secus si sint diuersæ orationes significātes diuersa, quia tūc dicūtur plura verba iniuriosa. Ita quoq; Bar. *l. nunquam plura. n. 11. priuat. deb.* Sed vt di- 43 xi, communior est opinio, quod sic † vnum delictum & conuicium, cum in vnū plures voces conferuntur. *d. l. item apud Labeonē. §. conuicium.* DD. *vbi supra* grauiori tamen pœna ob eius repetitionem puniēdus. *d. l. illud. §. f. Couar. d. loco & mun. cit.* Cum igitur hic sit sæpius reiterata, nō solum eadē iniuria, verum etiam plures alię cumulatę, certe earū omnium iudex in æstimatione considerationem habere debet, grauiusq; propter i- 44 terationem † delinquentem punire. *d. l. illud §. f.* Et hoc sentit quoque Bar. *d. l. nunquam plura. n. 11.* vbi dicit, quod iniuriatus debet plures iniurias in eodem libello coniungere, tamen ex qualibet per se imponitur pœna. *l. non est nouum. Act. empti.* quæ quidem pœnæ impositio Iudicis arbitrio relinquitur, con- 45 siderando atrocem † vel atrociorem iniuriam ex qualitate personæ inferentis, & eius cui illata est, item loco, tempore, alijsque circumstantijs. *l. atrocem. C. iniur. §. atrox instit. in eod. l. pretor edixit. §. atrocem pœnis. Rom. con. 117. n. 2. in f.* Nam iure nostro nō est certa pœna iniuriarum, saltem vbi ciuiliter actū est, determinata iuribus supra alleg. *Henning. con. 33. n. 25.*

Consideratis igitur personis, loco, tempore, alijsque circumstantijs iniuriā hanc ad 200. flor. æstimarem, præstito tamen affectionis iuramento actoris. Communis enim opinio est, quod iniuriæ † æstimatio, 46 siue agatur actione prætoria, siue ciuili, fieri debeat per iuramentum iniuriati, secuta tamen postea taxatione iudicis, ne ille in infinitū iuret. *gl. sing. l. iniur. æstimatio. vbi Bar. iniur. Pan. c. cum te. à B. R. Iul.* Sed quia iniuriarum actio † infamiam condemnato 47 irrogat, siue criminaliter, siue ciuiliter sit intentata, *l. 1. Qui not. infam. l. athletas. §. f. eod. t.* siue leuis aut modica, siue atrox sit iniuria. Nam ex condemnatione cuiuscunque iniuriæ infamia irrogatur, vt est communis opinio, *vt refert Pan. d. c. cum te à B. n. 2. & 6. per illum text. Fel. ibid. n. 9.* dicit esse communem, non video quomodo reus in iudicio permanere posit, cum † infames in consi- 48 storio principis procuratores esse non possint. *vt tradit Bald. l. 1. §. ait pretor. postul.* Addit rationē, quia † talis curia non debet ab infa- 49 mibus fœdari. *l. sed & milites. §. scribit autem excus. tut. sequitur Ias. § f. Inst. act.* vbi plene tradit, an † infamis posit esse procurator. *d. l.* 50 *ciuili, per text. d. § f.* Secus de iure Canonico. *c. 2. & ibi gl. verbo nec procurator 3. q. 7.* Sed nec de iure ciuili in consistorio principis procurator potest esse infamis DD. *ubi supra.* Id quod ordinationi quoque consentaneum est. Quapropter reus noster, aut loco, aut ordine remouendus. *iuxta l. qui iniuriarum. & l. f. de iniur.* aut sententia in procuratorem suum concipienda, quo casu neque Reus principalis, neq; eius procurator infamia notantur. Hanc cautelam tradit *gl. d. c. cum te à B. n. 3. & ibi Fel. n. 2.* qua in præsenti, cum in pœnis mitior via sit † eligenda. *c. in pœnis.* 51 *R. Iur. in 6.* vtendum esse concludo. Quoad petitam reclamationem attinet, an cumulari posit cum actione iniuriarū, quoad æstimationem iniuriæ agitur, dubitari solet per ea, quæ tradit Mar. *p. 4. dist. 1. n. 10. & 12.* vbi concludit, non † procedere libel- 52 lum, in quo vtrunque petitur, æstimatio scilicet, & satisfactio iniuriæ, cum vtraque tendat ad vindictā & pro † eodem delicto, 53 non debet quis bis puniri. *l. pen. §. fin. naut. caup. stab. c. at si clerici. § de adulterijs Iudic.* ne pœna † sit maior delicto, cōtra *l. sancimus. C. pœn.* 54 Sed in Cam. vsum receptum est, cumulari posse, vt obseruauit quoque Mynsing. *obs. 98. cent. 2.* eo quod ciuilis sit, non crimina-

lis actio iniuriarum reuocatoria. Vnde in Cam. talis libellus valet & concludit. Cum tamen in pręsenti Reus satis graui pœna pecuniaria, considerata vtriusque persona, punitur, ne afflicto addatur afflictio, concludo in sententia reclamationis nullā mentionem faciendam, sed pronunciandum in communi forma super sola pœna pecuniaria, cum refusione Expensarum. Saluo.

Sententia.

IN Sachen L. Lupoldi Firmerss / Clägern eins / gegen vnnd wieder D. Ruprecht vom Wald/als Anwald vnnd Herrn dess Kriegs D. Steffan Mandels & Consortes Beklagten / anderstheils iniuriarum. Ist zu Recht erkandt/schwere gemelter Cläger selbst/oder durch seinen Volmächtigē einē Aydt zu Gott/ vnnd auff das Heilig Euangelium/ dass er lieber 100 Gülden Reynisch von den seinen verlieren/ oder so viel nit haben/ dann die Schmach in fürbrachten Clagen angezogen gedulden oder leiden wölle/ dass solches gehört werden/ vnnd darauff ferner ergehen soll/was Recht ist Publicata den 16. Iu. Anno 64.

Sententia Definitiua.

IN Sachen vt supra. Ist allē fürbringen nach zu Recht erkandt/ dass gedachtem Belagten/dem gemelten Clägern gestalter massen zu schmähē nit gepüret/ sondern daran zuviel vnnd vnrecht gethan habe. Vnnd darumb ermelter D. Ruprecht vom Wald jme Clägern 100 Gülden Reinisch / sampt dem Costen vnnd Schaden derohalben auffgelauffen/ nach Rechtlicher ermessigung zu entrichten vnnd zu bezahlen schuldig sey/ Alss wir jhnen hiermit condemniren vnnd verdammen.

DEC. II. VOTVM X.

In causa Dorotheen Wacholdern/ *Contra* Christophorum, eiusue vxorem. *Iniuriarum.*

SVMMARIA.

1. *Ex Iniuria vna plures actiones competunt, neque vnius actio per aliam consumitur.*
2. *Infamia sufficienter probanda.*
3. *Veritas infamiæ non excusat ab iniuria.*
4. *Crimen cōtrahitur si voluntas nocendi intercedat.*
5. *Famam qui negligit, vitam negligit.*
6. *Sententia in defunctum lata nulla est.*
7. *Sententia fertur in procuratorem post litem contestatam: quia tunc eius dominus efficitur.*
8. *Reus, qui dixit,* er wölle es beweisen/ oder ein schelm seyn/ *si non probat, infamis redditur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

1 NOTVM est in iure ex vna † iniuria plures actiones competere posse, neque vnius actionem per aliā consumi. *l.* 1. *§. f. iniur.* Hinc vxor actoris suo nomine iniuriarum agit, id quod potest facere *d. §. f.* Hanc actionē probatam esse concludo per ea, quæ supra in proxima causa 2 dixi, & non elisa. I. Quia obiecta infamia non est sufficienter probata. *d. c. preterea vbi Pan.* Test. Deinde etsi probata esset, tamen 3 quia publice, & † in rixa, & sic animo iniurioso obiecta fuit, veritas, vt supra dixi, non excusaret, *per ea quæ in prima causa dicta sunt,* Prauus enim animus releuantis rem efficit iniquam, & crimen † contrahitur, si 4 voluntas nocendi intercedat. *l.* 1. *C. si car.*

5 Porro cum causa † vitę & honestatis à pari procedant. *l. iuste & ibi gl. verb infamiæ quod met. causa.* Dubium non est hanc esse atrocissimā iniuriā, ideoq; eam æstimarē quoq; ad 200 flor. & sententiam conciperē in procuratorē duplici ratione. I. Ad euitandam infamiā. *d. l. furti. §. si quis alien. Qui not. inf.* II. Quia rea 6 defuncta est, & sententia † cōtra defunctum lata ipso iure nulla est *l. in summa. §. f. Re iud. & ibi Bart.* in procuratorē vero † fieri potest post 7 litem contestatam, quia tunc factus est litis dominus. *l. nulla dubitatio. C. procurat. c.* 1. *§. extra eod.* Ferenda igitur sententia in procuratorem, quanquā Reus isto beneficio indignus videatur, cum suo se semel gladio iugulauerit, sibiq; sententiam dixerit, Er wölle es beweisen oder wöll ein schelm seyn. 8 Eo igitur ipso, quod † non probauit infamis est factus. *c. si quis iratus. §. f.* 2. *q.* 3. Cōcludo contra procuratorē sententiam ferendam cum refusione damnorū & expensarum. Saluo.

Sententia præambula & definitiua concordat per omnia cum sententijs in præcedenti causa publicata eodem die.

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM CAMERÆ IMPERIALIS SYNTAGMATIS II.

DECAS III. VOTVM I.

In causa H. Christoffel Tuweins/
Contra
H. Marolff Kulman/ eiusq; vxorem.
Reiteratarum Iniuriarum.

SVMMARIA.

1 *Rea mortua sententia in procuratorem tanquam dominum litis concipienda.*

IN NOMINE
Domini. Amen.

QVEMadmodum ansa ansam sic iniuria hic iniuriā trahit. Quoad vxorē Kulmanni 12. art. ꝓbant 2. test. quia hoc sæpius ab ipsa audiuerat. Præterea adiecit, Tuwein sey ein Narr/ daß er se in weib nicht weiblich mit Füssen trette. Idē 7. & 8. test. 17. art. ꝓbāt. 8. test. itē 5. test. secūdi examinis, & 6. test. ad eundē art.

Vnde breuiter cōcludo has reiteratas iniurias ꝓbatas esse, quoad vxorē Kulmanni, quam in 100. flor. cōdemnarem. Ipsum vero Kulman. Item D. Marolff/ quia contra illos nihil, aut parum probatū est, pure absoluerē, compensatis tamē expēsis propter ꝓsumptionem iniuriæ. Nam 6. testis contra Marolff etiā in specie deponit, sentētia concipienda in procuratorē tanquam Dominū litis propter obitum Reæ. *d.l. nulla dubitatio. C. procur.* Quemadmodum in simili alia causa factū. Saluo &c.

Sententia definitiua partim absolutoria, partim præambula Public. 16. Iun. Anno 64.

Sentētia definitiua publicata in eadē forma 23. Iun. anno 64. qua in prima causa.

IN Sachē H. Christoff Tuweins Clägern eins/ wieder H. Marolff/ H. Kulman vnd beyde Haußfrawen/ Beclagte anderstheils/ Reiteratarum Iniuriarum/ Ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß gedachter Marolff seine Haußfraw/ auch D. Kulmann von angestelter Clage zu absoluieren vnd erledigen seyn/ als wir auch sie darvon absoluieren vnd erledigē/ Compensatis Expensis. So viel aber weilandt Lycidam/ gedachtes Kulmanns Haußfraw/ jetzo Quintilian Friedmann/ alß derselben Anwald vnnd Herrn deß Kriegs belangendt/ ist zu Recht erkandt/ schwere gemelter Kläger selbst/ oder durch seinen vollmächtigen Anwald zu Gott ꝛc. daß er lieber fünfftzig Gülden Reinisch von dem seinen verlieren/ oder so viel nit haben/ dann die Schmach in fürbrachter Clage angezeigen/ gedulden oder leiden wölle/ daß solches gehört werden/vnd darauff ferner in der Sachen ergehen soll/ was Recht ist.

DEC. III. VOT. II.

In causa Hanssen Kulmanns/
Contra
Christoff Tuwein/ & eius vxorem.
De Iniuriarum actione.

SVMMARA.

1 *Calumniæ calor inconsultus vitio caret.*
2 *Iniurioso aliquo dicto vel facto, ad irā prouocato, si calore iracundiæ aliquid iniuriosum dicat, non tenetur actione iniuriarum.*
3 *Vim vi, & iniuriam iniuria repellere licet.*
4 *De iniuria reciproca siue cōuicio quando quis iniuriarum actione teneatur.*
5 *Iniuriā prouocatus inferēs mitius est puniēdus.*
6 *Animi dolorem iustum difficile est compescere.*
7 *Verba honoris, sc. mentiris saluo honore, an iniuriam inferant.*
8 *Verbum tu mentiris iniuriosum est, & potest dari libellus iniuriarum.*

IN NO-

IN NOMINE
Domini. Amen.

HAEc actio ex prima causa iniuriarum descendit, & art. defens. cum istis positionalibus conueniunt.

Quę de turbato conuiuio articulantur, nil ad propositum facit.

Quantũ ad iniurias *in 32 & seq. art.* articulatas attinet, illud inter cætera probatũ est, quod ignominioso & iniurioso vocabulo Reũ ipsum Rulmañ appellarit. Cæterum quia iusto dolore commotus & primo prouocatus fecit hoc, puto libidinẽ & voluntatẽ conuiciandi abfuisse. Et per cõsequens actione iniuriarũ ipsum nõ teneri. 1 †Incõsultus enim calor calumniæ vitio caret. *c. si quẽ §. notãd. 2. q. 3.* Itẽ, quia aliquo facto 2 †vel dicto fuit prouocatus ad irã, & calore iracundiæ aliquid iniuriosum dixerit, nõ tenetur actio iniuriarũ. *l. qui cũ natu maior. §. si libertus bõ. libert. l. 1. §. cũ arietes. si quadrup. paup.* quia hoc fit honoris cõseruãdi causa. *l. quæ omnia. §. 1. Procur.* Ratio, quia sicut permissum est vim 3 † vi repellere, ita iniuriã retorquere. *l. ut uim iust. & iur. Pan. c. cũ te. à B. n. 25. re iud.* vbi sic distinguit. 4 Aut inquit iniuriã retorsi animo purgandi me ab illata iniuria, & cessat iniuriarum actio. Exemplum, si obijciẽti aliquod crimẽ dicatur, *tu mẽtiris.* Nã licet mihi meã innocentiã defendere: Aut cõuicium meum concernit aliud factũ, ita quod nõ venit ad innocentiã meã defendendam, & tunc quilibet potest agere de iniuria sua, *fac. text. c. veniẽs iureiur.* ibi *alternatim cõuicia inferendo.* Et hoc alia ratione cõprobat ibidẽ Panorm. 5 Concludit tamen, quod, qui prouocatus † iniuriam intulit, mitius sit puniẽdus, quia difficile 6 †est cõpescere iustũ animi dolorẽ. *l. si adulteriũ §. Impp. de adult.* Porro an iniuria facta 7 †verbis honoris præfatione tollatur vi de dd. locis alleg. *Couar. var. resol. lib. 1. c. 11. n. 1.* Videlicet si tu dixeris, *tu mentiris saluo honore.* Talis enim reseruatio non excusat ab actione iniuriarũ, quia dicere alicui, *tu mẽtiris* est verbũ 8 †iniuriosum, & potest dari libellus iniuriarum. *Bart. l. itẽ apud Labeonẽ. §. ait prætor. n. 3. iniur. Moderni l. turpia. l. 1.* Fallit si ad defensionẽ suæ innocentiæ quis dixerit nõ iniuriandi animo, *tu mentiris,* per ea quæ supra dicta sunt. Sed ad propositũ consideratis atrocissimis iniurijs ipsius prouocantis, & iusto dolore ipsius prouocati, qui in vxoris pudorẽ propriam iniuriã pati intelligitur. *l. 2. C. iniur. §. patitur. Inst. eod.* Cõcludo, quod ex d. *c. si quis iratus. 2. q. 3.* Reus pure sit absoluendus ab instituta actione, tamen modum in retorquenda iniuria excessisse videri potest. Compensatis Expensis. Saluo. &c.

Sententia.

IN Sachẽ H. Rulmãs Clãgern eins/gegẽ Christoffel Tuweit & Consorten, Beclagtẽ anders theils/Iniuriarum, ist allem fũrbringẽ nach zu Recht erkandt/ dass gedachte Beclagte von angestelter Clage zu absoluieren/vnd erledigen seyn/ als wir sie auch darvon absolvieren vnd erledigẽ/ vnd die Gerichtscostẽ derohalben auffgelauffen/ aus bewegenden Vhrsachẽ gegen einander compensierendt vnd vergleichendt.

DECAS III. VOT. III.

In causa Christoff Tuweins/
Contra
Hanß Marolff.

Iniuriarum ad iuramentum purgationis, & de sententia in procuratorem aut reum ferenda.

SVMMARIA.

1 *Verbum iniuriosum omne censetur probatũ animo iniuriandi.*

2 *Animus in iniuriarũ actione potissimũ inspicitur.*

3 *Actus agentium non operentur vltra eorum intentionem.*

Innocentia deficiente actore in probatione iuramento purgationis probatur.

4 *Et non solũ in criminalibus, sed etiam ciuilibus hæc purgatio induci potest.*

5 *Iniuria cedẽs vel resultãs in aliquo actu, sup quo litigatur, nõ potest persequi nisi finita lite.*

6 *Sententia quo casu in actione iniuriarum in procuratorem ferenda sit, & quo in dominum.*

7 *Subtilitas legũ de iure canonico non curatur.*

8 *Sententia de stylo Cameræ semper in dominũ personam concipitur.*

9 *Pars si velit ipse causam in Camera peragere, non admittitur, etiamsi principes viri essent.*

10 *Per aliũ quid faciẽs, seipsum fecisse videtur.*

11 *Procurator an in infamiã incurrat ex sententia ordinis motionis in dominum lata.*

12 *Procuratores Camerales omni macula carere debent.*

IN

IN NOMINE
Domini. Amen.

ACTIONEM probatã esse, partim ex ꝓpria Reorũ confessione, partim ex natura verborũ. Nam vt 1 supra dictũ est in 1. causa omne verbũ † iniuriosum censetur probatũ animo iniuriãdi si nõ ostendatur contrariũ. *l. si nõ cõuicij. C. Iniur. Et ibi cõmuniter dd.* Videndũ igitur de elisione.

Excipit Reus, se non animo iniuriãdi, sc. affirmatiue, sed tantum narratiue pronunciasse. Quæ exceptio si probata sit, procul 2 dubio releuãs est. Cum autẽ animus † iniuriandi principale requisitum sit & substantiale in actione iniuriæ, deficiẽte eo cessat actio. *l. illud. §. 1. Iniur. Rõ. cons. 96. per tot.* Nec enim factũ quęritur, sed causa faciendi. *l. verũ fuit,* facit 3 q actus † agentium nõ operẽtur vltra eorũ intentionẽ, *l. nõ omnis numeratio. si cert. pet.*

Videndum igitur de exceptionum veritate. Duo ab actore testes ꝓducuntur, quorum vnus expresse hanc exceptionẽ probat, alter vero nihil in effectu iuris d. art. deponit, nisi de quibusdã verbis in ciuilibus potius, quam iniuriosis, quæ Reus nõ diffitetur, sed calore iracundiæ effusa fuisse, adserit. id quod verisimile quoque est. Quare cum hinc inde imperfectæ sint probationes ex parte actoris, præsumptio iuris est, quod iniurioso animo verba prolata sunt, *d. l. si nõ cõuicij.* Ex parte vero Rei vnius testis testimonium volo, igitur in dubio conscientiam eius iuramẽto purgationis grauare, & eatenus eum ab instituta actione absoluere, si iurauerit, articulata verba narratiue se tantum & nõ affirmatiue dixisse, quia, vt dixi iuris pręsumptionem, contra se habet, & regulariter arbitrio iudicis committitur, vt deficiente actore in probatione Reo, si grauetur, verisimilibus præsumptionibus ad 4 ostendendã † innocentiam suã iuramentũ purgationis deferat, *prout singul. Host. in summa l. purgat. Cañ. n. 3. vers. quando sit inducta. text. expresse c. f. Iureiur. & ibi gl. uerbo probationum.* Et in terminis actionum iniuriarũ text. not. *l. furti. § qui iussũ & qui. not inf. et ibi gl. uerbo innocẽtiã. text. l. nõ donatũ. 5. f. C. eod.* Nã innocentia iuramento ꝓbatur. *l. præsenti. § sicuti C. qui ad t. eccles. cõiug.* Et non solũ † in criminalib. sed etiã 5 ciuilib. purgatio Canonica induci potest, *p ea q̃ tradit Host. loc. cit.* Præstito itaq; iuramẽto illo, volo Reũ absoluere cõpensatis expẽsis.

Porro hic noua oriẽ quæstio, an Reus post absolutoriã latam actorẽ iniuriarũ conuenire possit propter quædã verba iniuriosa in articulis actoris posita? Certum est, quod pẽdente lite nõ possit, sed finita lite potest. 6 Iniuria † enim præcedẽs, vel resultãs in aliquo actu, super quo litigatur, nõ potest persequi nisi finita lite. *l. siquidem C. Iniuriis. l. si tibi seruitutis. C. liber. cau. Faber. §. iniuria. n. 2. uers. tamẽ inst. Iniur. Hennig. cõs. 30. n. 15.* Vnde dubiũ non est, quin Reus finita lite possit actorem prædictarum iniuriarum conuenire.

Cęterum, ne lis ex lite oriatur, volo in euentũ supplicanti Reo pro citatione processus denegare, maxime etiam, quia in hac causa culpa non careat, propter iuris pręsumptiones, aliaq; adminicula, quę huc nõ pertinent. Concludo itaq; Reũ post iuramentũ absoluendũ. Compensatis Expẽsis.

Sententia præambula purgationis.

IN Sachen Christoffel Zumeins Clägern eins/ wieder Hansen Marolff Beclagten anders theils / Iniuriarum ist zu Recht erkandt/ schwere gedachter Beclagter ad proximam so jme darzu angesetzt / selbst oder durch seinen vollmächtigen Anwald einen Eydt zu Gott ꝛc. daß er die in vorbrachter Clegen an ezogene Wort/ ausserhalben einem schmälichen Gemüht erzelt/ vnd fürbracht habe/ daß solches gehört werden/ vnd er thue das also oder nicht/ ferner in der Sachen ergehen soll/ was Recht ist.

Sententia post iuramentum.

IN Sachen vt supra. Ist allem fürbringen vnd erstattẽ Eydt zu Recht erkandt/ daß gedachter Beclagte von angestelter Clage zu absolvieren/vnd erledigen sey/ als wir jhnen auch hiermit davon absolvieren vnd erledigen/vnd die Gerichts Costen derwegen auffgelauffen auß bewegenden Vrsachen compensierendt vnnd vergleichendt.

RAtio, cur sc. pœna pecuniaria in sentẽtia sit mitigata fuit, quia maioribus votis placuit Reũ propter exemplũ & atrocissimas iniurias, loco & ordine remouendum esse. Vnde orta noua disputatio, an sententia † concipiẽda in personam procuratoris 6 vel rei principalis. Quidã putarũt necessario ferendã in personã procuratoris, siue remouẽdus foret Reus, siue ipse nunquã fuisset præsens in iudicio, sed causam ꝑ procuratorẽ vsq; ad conclusionẽ causæ peregisset. *text. l. 1. C. sẽt. & interloca. & ibi Bart. & cõmuniter DD. gl. c. querelã. ue bo Oeconomi. Elect. Pan. late ibid. n. 10. cũ seq. & Antõ. de Butr. n. 45.* Tali enim casu necessario ferẽda est sententia in ꝓcuratorem, alias est ipso iure nulla. *d. l. 1. C. sent. & interl.* Quia vbicunq; aliqua fiunt ꝑ procuratorẽ, oportet quod dispositio eius, quoad verba dispositiua, principiũ capiat in psona illius qui egit negotiũ, qa inter ipsum & litigantẽ agitur negotiũ & ab ipso radicatur. Igitur ad ipsũ verba dirigẽda sunt. *ita ait Butrio d. c. querelã n. 45. per text. c. quocunq; acti & obligat.* In summa om. DD. opinio est, quæ sentẽtia in ꝓcuratorẽ ferẽda sit, quãdo is semp in iudicio fuit, & nõ dominus. *But. & Pã. ubi supra.* Ratio, quia cũ eo erat cõtractus iudicialis, vel quasi tacitus. In iudicio enim quasi con-

si cōtrahitur.*l.3.§.idē scribit Pecul.Pā.d.c.querelā n.10.inf.*Quod si dominus semel fuisset in iudicio litemq; contestatus, tum profecto posse sententiam in dominū, vel in vtrunque ferri. DD. *vbi supra. Pan. c.cum te 4. B. n.3. & 4. Angl.cons.98.per tot.*

At mihi contrarium placuit, sententiam in personā Domini concipiendā, tametsi in iudicio nunquā fuerit. 1. Quia vsus omnium iudiciorū hoc suadet & quotidie etiā in causis iniuriarū ita in Cam. obseruatur. Deinde quia de † iure canō. talis subtilitas legū non curatur. *ut est gl fin.c.suscitata. verbo monasterium int.restitutione fac. c. licet probat.* vbi sententia fertur non in syndicum communitatis Fauentinæ, sed contra ipsam communitatem in causa scilicet turbatę possess.

Præterea cum executio sententiæ contra dominū facienda, cur non condemnatio contra eundem fieri possit. *l. lautius de procur.* Itē multi sunt casus, in quibus necessario contra dominum sentētia concipienda est, vt in causis matrimonialibus, quia non potest procurator condēnari ad reddendū debitum vxori, alijsq; casibus, quos not.*d.c. querelā verbo œconomi.* Deniq: in Cā. nō aliter agitantur causę, quā per procuratores, vnde secundū ius ciuile.*d.l.1.C.interl. & sent. om.iud.* omnes sentētię essent ipso iure nullę, cū de stylo Camerę semper in domini † personam verba sententię concipiantur, quo quid esset absurdius. Imo etiāsi ipsa pars velit causam hic peragere per se, nō † posset ex iure ordinat. etiāsi principes viri essent. *t.25. p.1.* Ad extremū, qui † per aliū quid facit per se fecisse videtur. *c.qui facit.R.iur.in 6. & ibi Dyn.*

Ex quo igitur consensu meo, procurator interuenit in iudicio, quid vetat, quo minus sententia in dominum ferri possit.

Omissa igitur subtilitate legali, de qua *Bart. d.l.1.Pā.Butrio d.c.querelā. Angl.d.cō.98.* Cōcludo sententiā sine vicio nullitatis in dominū ferri posse, in præsenti tamē causa nihil, quoad hāc quęstionē decisū fuit, sed sententia in vtriusq; persona concepta, & per Bidellum iussu iudicis, & tanquam ex eius officio, Reo audiētia publica interdicta, & sic per consequentiam ordine & loco remotus est, non tam vigore sententiæ, quam ex Iudicis officio. Illud tamen certū, etsi sentētia † feratur in procuratorem, quod tamen infamia facti per hoc non euitetur, licet iuris euitetur. *Angl.l.furti.§.si quis qui not.inf.Fel.d. c.cū te 4. B.n.1.sent.& re iud.l. 2. Obsec.possit patr.* Atq; in Cam. tanquā summi principis consistorio, procuratores omni macula carere debēt. *Bald.ad d.l.§. ait prætor.in f.postul. Ias.§.f.n. 2.Inst.act.* Quare etsi sententia lata sit in procuratorem, tamē propter infamiā facti, loco & ordine remotus est, quanquā eo casu meo iudicio citius restituēdus veniat. Hęc obiter memorię gratia hic annotare volui.

DEC. III. VOTVM IV.

In causa Castelli, *Contra* Lotzen/ *Iniuriarum.*

SVMMARIA.

1. *Iniuriæ scriptæ, realesne, verbales, annales, vel perpetuæ sint.*
2. *Verbum iniuriosum præsumitur animo iniuriandi prolatum esse, nisi contrarium probetur.*
3. *Ius suū qui persequitur, nemini iniuriam facit.*
4. *Prouocatus mitius ad iniuriam puniri debet.*
5. *Dolus vel delictum non cadit in eum, qui patitur mentis exilium.*
6. *Iuramentum purgationis Reo deferri potest ad pleniorem innocentiæ suæ probationem.*

IN NOMINE Domini Amen.

PROCESSVS legitimus, nihilq; vitij in processu. Actum iniuriarū scriptarum ratione, quæ an realis, verbalis, annalis, vel perpetua sit de hoc VVesemb.*cōs.22.n.6.& seq lib.1.* In hoc iudicio pro non annali, sed perpetua habitam esse testatur Gail.104 *n.3.lib.2* à qua sentētia non recedendum arbitror, licet illa distinctio facta in constitutionibus Saxonicis mihi placeret magis *p.4.Const.46.* vbi differentia statuitur inter famosum libellū & simplicem iniuriam scriptam.

An probata?

Probatio in promptu est, quia scripta illa iudicialia, in quibus verba iniuriosa cōtinētur in hoc iudicio sunt exhibita, & Reus eorum autorem se esse confitetur. In Elisione ergo tota vis cōsistit.

An Elisa?

ELisionis vis in eo consistit, an verba iniuriosa sint, & an animo iniuriādi dicta. Nam hoc negando Reus conatur actionem elidere. 1. Requisitum animus & voluntas iniuriandi, & præsumitur animo iniuriandi prolatum esse verbum † iniuriosum, nisi contrariū probetur *l.si nō cōuicii.C.iniur. vbi gl. & dd.Clarus lib.5.§.iniuria.n.12.* Examinando igitur verba iniuriosa, & quod ad ea attinet, quę desumpta sunt ex anzeig/ in causa Mertensen Beer contra Castellum. 13. Septembr. Anno 71. producta cum illud scriptum per mo-

per modum exceptionis contra sufficientem paritionem in puncto executorialium sit exhibitum, in appellantes d. exceptiones se probaturos, non modo obtulerunt, sed & commissionem, & commissarios impetrarunt, adeo vt lis super ijs pendeat, videntur verba illa pro iniuriosis reputari non posse. Nemini 3 † enim iniuriam facit, qui ius suum prosequitur. *l. iniuriarum. §. 1. iniur.* Et protestatus est etiam noster hic Reus de non iniuriando, & quod defendendi iuris causa hæc fecerit, ideo iniuriarum actione non debet conueniri, *iuxta ea quæ traduntur. decis. Toloß. 409. in f. addit. Oldradus cons. 53.*

Eadem est ratio secundarum iniuriarum, quæ ex articulato libello in causa das Vngeldt belangendt / inter easdem 17. Sep. Anno 71. producto desumptæ sint. Nam cum in d. causa lis fuerit super restitutione des Vngeldts / quod Castellani aliquot annis indebite receperint, non sine causa videtur scripsisse actor daß Carle Lotz / das Vngeldt zugeben listiglich vberredet sey. Nam ex hoc pendet victoria causæ, si probatum fuerit, nec tenetur actione iniuriarum, si quis talia ad causam facientia in iudicio obijciat, si postmodum ea probet, per multa iura alleg. *per Gail. obs. 99. in f. lib. 2.*

Cæterum, quæ 3 & vlt. loco allegata sunt verba iniuriosa ex repl. 23. Nouembr. Anno 71. in eadem causa das Vngeldt belangendt productis desumpta, licet atrociora videantur, & negari nequeat, Reum dicterijs & scômatibus excessisse modum, & merito modestioribus verbis tractare debuisse tam insignẽ magistratum, sub cuius ditione ipse natus est, tamen ad aliqualem excusationem facere videtur, quod reus vel eius consanginei per Aduocatum Castellanum antea in alia causa non leuiter fuerint prouocati, cum illis rebellionis crimen fuerit obiectum vt in seq. causa iniuriarum, in qua Carle Lotz actor est, patebit. 4 Prouocatus † autem mitius puniri debet, *l. si adulterium. §. imp. de adulter.*

Deinde allegat Reus, se eo tempore, quo pleraque producta composuerit, grauissimo morbo correptum, & alijs maximis molestijs vexatum fuisse, adeo vt non satis compos mentis fuerit, vnde intelligi potest, animum 5 iniuriandi defuisse, cum in eum qui † patitur mentis exilium, dolus vel delictum non cadat, *Gail. obs. 110. n. 12. lib. 2.*

Deniq; tametsi hæc non sufficerent ad excusanda verba iniuriosa allegata, tamen quia Reus se quodammodo offert ad purgationẽ, puto ad pleniorem probationem † innocentiæ suæ iuramentum purgationis illi deferri 6 posse, quod si præstiterit, illum postea absoluendum censerem. Compensatis expensis, prout in hoc iudicio in multis causis sæpe factum esse tradit Gail. *obs. 106. lib. 2.*

Quidam concludunt per omnia cum D. Referente. Alij cõcludunt per verbum *placet.*

Præambula.

IN Sachen Burg. vnnd Rath der Statt Castell Clägern wieder D. Carlen Lotzen Iniuriarum Beclagten / ist die Sache von Ampts wegen vor beschlossen angenommen / vnnd erkandt / schwere gedachter Beclagter ad proximã, so jhme darzu angesetzt / oder durch seinen vollmächtigeten Anwaldt einen Aydt zu Gott / vnnd auff das H. Euangelium / daß er die in vorbrachter Clage angezogene Wort allein zu seiner defension vnd ohne Fürsatz jemandts zu schmehen / geschrieben / vnnd fürbringen lassen / daß soches gehört werden / vnnd er thue das oder nit / ferrner in der Sachen ergehen soll / was Recht ist.

Definitiua post præstitum iuramentum.

IN Sachen Burg. vnnd Rath der Statt Castell Clägern eins wieder D. Carole Lotzen Beclagten anders theils iniuriarum, ist auff erstatten Aydt vnnd allem fürbringen nach zu Recht erkandt / daß gedachter Beclagter von angestelter Clage zu absoluieren vnnd erledigen sey / alß wir jhnen auch hiermitt dauon absoluiern vnnd erledigen / die Gerichts Costen derentwegen auffgelauffen / auß bewegenden Vrsachen gegen einander compensierendt vnnd vergleichendt.

DEC. III. VOTVM V.

In Caussa Carlen Lotzen / *Contra* Castell. *Iniuriarum.*

SVMMARIA.

1 *Actionis iniuriarum fundamentum est animus iniuriandi.*
2 *Verba si sunt iniuriosa, praesumitur quoq; animus.*
3 *Dolus committi non solet aduersus personam non maleuolam: sicut nec sine caussa. nu. 4.*
5 *Pater non agens iniuriarũ de iniuria filio facta, post mortem filij dictam iniuriam persequi nõ potest, cum per dissimulationẽ & mortem patris sit sublata.*
6 *Dolo cessante, cessat quoq; actio iniuriarum.*
7 *Iniuria sine dolo non committitur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

MANDATA sufficientia: processus iustus. Actũ actione iniuriarum scriptarum ciuili ad reuocationem. *Mynf. obs. 96. cent. 2.* Habetur pro ciuili & censetur quoque esse perpetua, vt in priori causa. Requisita apud Rofredum.

An probata?

Fundamentum † huius actionis est animus iniuriandi. *Rom. cons. 69. nu. 4.* si verba † sunt iniuriosa praesumitur quoq; animus. *Paris. cons. 149. nu. 19. vol. 4.* Verum decisio caussae nostrae principalis in eo consistit, an verba illa à Reis prolata, sint scripta in personam actoris, siue directa necne. Non enim sufficit verba illa esse iniuriosa, sed insuper requiritur, quod illa verba actoris, vel suorum, quorum nomine agere potest, concernant personam, ita vt illi ex tali crimine actio sit orta.

Licet igitur ex scriptis productis verba illa iniuriosa sint probata, attamen ex propria cõfessione actoris probatum, quod ipse tum tẽporis fuit minorennis neque personam legitimam standi in iudicio habuerit, sed potest tam proprio, quam suorum nomine litem cõtra reos, daß Vngeldt belangendt/ fuerit prosecutus, contra quem & ipsius consortes scripta illa fuerunt exhibita, vbi quoque totus contextus contra illos conceptus apparet, exceptis vltimis verbis ex producto 24. April. Anno 72. exhibita à Castellanis, quae tamen verba si probe inspiciantur dolum proferentium non arguunt. Dolus † committi non solet aduersus personam non maleuolam. *Cam. cons. 62. circa f. 13.* sicuti etiam † dolus committi non solet sine caussa. *Cam. cons. 217. lib. 4.* Sed hic dici non potest, quod actor tunc temporis malitiam aut rebellionem committere potuerit in conueniendo Castellanos, cum propter aetatem doli capax non fuerit. Et tale crimen ex defectu aetatis in ipsum cadere non potuerit. Simul igitur verba illa potius ad personam patris, qui tunc temporis pro se & liberis suis, in lite fuit referenda.

Qui enim non egerit, cum erat † in viuis filius, d. iniuriam prosequi non potest, cum per dissimulationem & mortem patris sit sublata. *Oldendr. in suis Class. t. iniur.* Et facit, quod verba sunt intelligẽda pro natura sui. Et cum verba in persona agentis verificari non possint, consequens est, quod respectu illorum verborum actio illi non competierit.

Nec obstat, quod pater etiam respectu liberorum, & sic actoris nomine contra Castellanos egerit, cum de illorum omnium interesse agebatur, *argumento eorum quae habentur l. 1. C. diuers. rest. text. l. minoribus vbi Ias. 3. not. C. de his quibus vt indig. Alex. cons. 186. in f. lib. 2.* Nam ad hoc respondetur, quod iam dicta procedant in ijs personis, quibus illa verba iniuriosa applicari possunt. *secundum Angl. in § hinc nobis. auth. hered. & falcid. Ias. l. substitutione. col. f. vulg. & pup. Alex. cons. 122. lib. 6* Non igitur animus ex subaudito quodam intellectu contra ius praesumendum. Igitur cessante † dolo cessat quoque actio iniuriarum, quia sine dolo † iniuria non committitur. *Dec. cons. 487. in f. Bald. cons. 277. lib. 5.* Cõcludo igitur, actionem non esse probatam, ideoq; Reos absoluendos, compensatis expensis. Ideo cum Castellani occasionem ei praebuerint, conueniẽdo ipsum prius, & verba priora per se quoque sint iniuriosa contra patrem, & ipsius cõiunctos prolata.

Vnus per omnia sentit cum D. Ref.
Huic astipulantur ceteri omnes.

Sententia.

IN Sachen D. Carlen Lotzen Clägern eins/ wieder Burg. vnd Rath der Stat Castel Beclagte anders theils/ ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß gedachte Beclagte/ von angestelter Clage zu absoluieren vnd zu erledigen seyn/ alß wir dieselbe hiermit absoluieren vnd erledigen/ die Gerichtskosten derowegen auffgelauffen/ auß bewegenden Vrsachen/ gegen einander compensierendt vñ vergleichendt.

DEC.

DEC. III. VOTVM VI.

In Caussa Philips Ortergeldts/ Contra Den Hern von Festeburg.

Votum feudale de quæstione illa: An agnatus in præiudicium suorum agnatorum feudum alienare possit & quo iure ad agnatos pertineat?

SVMMARIA.

1 *Ob denegatã Iustitiam caussæ in Camera accipi possunt.*

2 *Condictio ex morib. feud. & vtilis rei vindicatio quando, ad quid, & contra quem competat.*

3 *Testes suæ familiæ ad probandam consanguinitatem sunt idonei.*

4 *Scriptura priuata, maxime antiqua quando probet. & nu. 11. & seqq.*

5 *Dominus filiam vasalli demortui ob bene merita, & defuncti vasalli præstita seruitia, inuestire potest.*

6 *Feudum à Fœmina acquisitum, tunc desinit esse fœmineum, statim atq; filius succedit, rectũque efficitur, vbi semel peruenerit ad masculum, ita vt in posterũ fœminæ perpetuo excludantur.*

7 *Feudi recti natura est & regulare, vt nomine heredum masculi tantum veniant.*

8 *Collaterales descendentibus in infinitũ, in feudo succedunt secundum magis communem opinionem.*

9 *Quidam volunt, Collaterales tantum succedere vsq; ad septimum gradum.*

10 *Libro genealogico fides danda non est.*

11 *Scriptura priuata regulariter pro scribente & proferente non probat: præsertim si desint solennitates ad eius firmitatem requisita.*

18 *Historiarũ libris & Chronicis, quibus à maioribus semper fides adhibita fuit credendum est.*

19 *Registra fidem faciunt, si sint bene custodita & inueniãtur in archiuis authenticarũ personarum: secus esset, si non essent custodita, vel personæ non essent authentica, quia hæc fidem non facerent.*

20 *Propter difficultatem probãdi probationes admittuntur, quæ alias admitti non debent.*

21 *Materia si sui natura difficultatem probationis habet, tunc lex cõtenta est ea probatione, quæ fieri potest.*

22 *Libri feudales, quod plenam fidem faciant, iuris est indubitati.*

23 *Non sufficienter, qui probat, cum adminiculis quibusdam plenissime probat.*

24 *Quæ non prosunt singula iuncta iuuant.*

25 *Feudi appropriatio, allodiatio, seu mutatio in allodium, eiusq; renouatio & restauratio in præiudicium agnatorum an fieri possit.*

26 *Feuda non possunt aliqua ratione in præiudicium eorum, ad quos successiue post mortem possidentis debebãt venire, in rem propriam alienari aut alterari, nec in totum, nec in partem, quocunq; distractionis genere hoc fiat.*

27 *Vtile & directum dominium pari iure inuicem censentur.*

28 *Appropriatio vocabulo alienationis continetur.*

29 *Assensus domini efficere nõ potest, vt feudum non transeat ad illas personas, ad quas sui natura alias fuisset transiturum.*

30 *Agnatorum interest, ne feuda perueniant ad potentiorem dominum, quam comitem.*

31 *Appropriatio siue allodiatio ita valere non potest, vt post mortem acquirentis eius effectus ad successores cum eadem qualitate transeat.*

32 *Dominis mortuis, omne ius exstinguitur & resoluitur quod habuerunt, acquiriturq; alijs descendentibus ex primis acquisitoribus ordine sanguinis & iure proprio.*

33 *Refutatio facta domino & agnatis non consentientibus quamdiu ipse viuit cedens valet.*

34 *Iure refutatoris soluto, soluitur quoq; ius acceptatoris.*

35 *Vasallus in manus domini feudo renuntiare potest.*

36 *Conditio iniqua alteri per alterum inferri nõ debet.*

37 *Feudum dicitur vsusfr. quodammodo qui cohæret personæ, neque transmittitur, nisi quatenus consuetudo & natura feudi disponit.*

38 *Appropriatione non valente, nec actus valere potest, qui ex ea deriuatur.*

 39 De-

39 *Destructo antecedente & ipsum consequens corruere necesse est.*

40 *Alienatio siue alteratio facta per vasallum, etiam in casu licito, non potest eius descendentibus nocere.*

41 *In descendentium praeiudicium omnis dispositio, tam inter viuos quam ex testamento inualida est.*

42 *Factum vnius agnati non praeiudicat alijs.*

43 *Consensus agnati proximioris tametsi interuenerit, non potest tamen alterationem feudorum in praeiudicium agnatorum nasciturorum affirmare.*

44 *Feudum, si reuera sit paternum antiquum, licet vasallus de nouo inuestiatur feudo, ob id nō efficitur nouum, imo remanet antiquum & paternum.*

45 *Renouatio si fiat sine cōsensu agnatorum nulla ratione per nouas inuestituras potest immutari natura & qualitas ceterarum inuestiturarum.*

46 *Factum cuiq; suum, non alijs obesse debet.*

47 *Feudum paternum fieri potest nouum, agnatis consentientibus, si mutatis pactis renouetur.*

48 *Feudum concessum pro se & heredib. dicitur hereditarium.*

49 *Feudum hereditariū dupliciter dicitur, proprie & improprie.*

50 *Proprie, ad quod nemo admittitur, nisi qui sit quoq; heres hereditatis.*

51 *Improprie, quod quidem origine, respectu primi acquirentis, videtur esse in eius hereditate, sed postquam semel acquirenti successum est, desinit esse hereditarium.*

52 *Filius repudiata parentis hereditate feudum retinere nequit.*

53 *Agnatus hereditatem agnati vasalli repudiare potest, & nihilominus feudum hereditarium cōsequi, cum ille vocetur proprio & sanguinis iure ex legis prouidentia, non beneficio vasalli defuncti, sed primi acquirentis.*

54 *Vasallum succedere oportet, volentem heredem esse primi acquirentis, mediate vel immediate.*

55 *Verba illa in tenore inuestiturae:* für sich vnd alle seine Erben/ *non sic accipienda, quasi omnes descendentes & agnatos heredes hereditatis esse necesse sit.*

56 *Heredis vocabulum in materia feudali non significat qualitatem successionis & hereditatis, sed qualitatem successoris.*

57 *Hereditas ipsa non vocat heredes sanguinis ad successionem feudi, sed ipsam naturam.*

58 *Vltimus agnatus semper est primi acquirentis successor, etiamsi feudum in mille manus ambulauerit.*

59 *Praescribi non potest, quod non potest acquiri.*

60 *In feudo currit praescriptio 30. ann.*

61 *Negligentia parentum nondum natis nocere non potest.*

62 *Agnati, nati & nascituri semper poterunt reuocare feudum alienatum, dum tamen tempore alienationis semper exsistat aliquis agnatus, qui reuocare posset, vel ad minus, quod sit conceptus eo tempore.*

63 *Non valenti agere Praescriptio non currit.*

64 *Res subiecta restitutioni, casu restitutionis eueniente, non obstante praescriptione vindicari potest.*

65 *Feudum, casu eueniente, ad agnatum proximum reuertitur.*

66 *Agnati iure proprio veniunt ad feudum, & vt heredes primi inuestiti, tanquam habentes caussam ab eo, & non ab alijs agnatis.*

67 *Prouisio feudalis est generalis omnibus de agnatione. Igitur debet extendi ad quoscunq;.*

68 *Feudum vbicunq; est concessum, generi & agnationi, & progenii ab auo vel proauo, tunc delictum vnius non nocet alteri.*

IN NOMINE
Domini. Amen.

IN decisione huius caussæ morem à maioribus traditum in Cam. hactenus obseruatum sequendo, Primo dicam *de actione. 2. An probata. 3. An eitsa. 4. Quid pronunciandum.*

Et quia de iurisdict. partes controuertuntur, breuiter concludo, nulla exceptione obstante, Cam. iurisdictionem fundatam esse. Constat enim ex actis primæ instantiæ caussam coram Landtgericht peractam, deinde sic ob denegatam iustitiam eādem receptam, processus decretos, & desuper vsque ad conclusionem definitiue processum. Plane † ob denegatam iustitiam caussas hic accipi posse patet ex text. ordinat. *p. 2. tit. 26. text. in §. si tamen contigerit auth. vt diff. iud. & in materia feudali c. 1. de milite vasal. qui contum. & ibi Affl. n. 97. cum seq. DD. in auth. statuimus. C. de Episc. & Cler.* 1

Actum puto condictione ex maioribus feudorum, nō autem vtili rei vendicatione, quia † certum est, eam tunc locum habere, [illegible] vasallus à possessione, quā habuit cecidi[illegible] *arg. l. 1. si ager vectigal. Andr. de Isernia in [illegible] feud. n. 45. concl. 610.* Cæterum hoc [illegible] 2

ſu actor veram poſſeſſionem, quæ requiritur, nunquam habuit, ſed contendit ſe vltimi vaſalli ſucceſſorem, petitque poſſeſſionem à reo iniuria & de facto occupatam, *Iaſ. in præludia feud. nu. 35.* Ideo dominium, quod non habuit, vendicare non potuit *l. 20. C. pact.*

Agit igitur cõdictione ex moribus feudorũ, quæ ad acquirendam poſſeſſionem comparata eſt. *Iſer. d. concluſ. 610. Affl. in prælud. feudorum. n. 141. cum ſeqq.* Et competit non ſolum aduerſus dominum, ſed & quemcunq; poſſeſſorem, *per ea quæ allegat Bart. in l. 9. C. de condict. ex lege. t. in l. 1. §. rem. n. 4. de cond. trit. Bald. ad rubr. C. de cond. ex l. n. 7.* Item communiter feudiſtæ, vt ſupra.

An probata?

NON dubito, actorem ſufficienter deduxiſſe & probaſſe ius agnationis, hoc eſt, ꝙ à primo acquirente Friderico deſcenderit, & ꝙ vltimi vaſalli Philippi Ortergeldts/ de cuius ſucceſſione agitur, proximior ſit agnatus. Id ꝙ non ſolum per teſtes† ſuæ familiæ, qui ad probandam conſanguinitatem ſunt idonei. *c. 3. Qui matrimonium accuſ. poſſ.* Sed † & per librum Genealogiacum familiæ der Ortergelter variaq; & antiqua documenta. Et q̃ præiudicio priorum dominorum moueor, qui in eo nil addubitarunt, ideo breuitatis gratia in illis latius non inſiſtam, ſed illam quæſtionem tractabo, in qua mihi videtur præſentis negotij fundamentum poſitum eſſe, ſcilic. quis fuerit primus feudi controuerſi acquirens & ſtipes, & vtrum ab eodem actore deſcenderit. Pro cuius quæſtionis deciſione tria præmitto.

1. Præmitto, dominum † poſſe filiam Vaſalli demortui ob bene merita & defuncti Vaſalli præſtita ſeruitia inueſtire, *text. enim in c. 1. quemadmodum feud. ad filias pert. Zaſ. p. 8. n. 40. Curt. part. 3 n. 4.* Et hoc quidem ſine controuerſia procedit, non extantibus agnatis, hoc caſu noſtro.

2. Præmitto, feudum † à fœmina acquiſitum deſinere eſſe fœmineum, ſtatim atque filius ſuccedit, rectumque effici, vbi ſemel peruenerit ad maſculum, ita vt impoſterum fœminæ perpetuo excludantur. *c. 1. §. quin etiã Epiſcop. & ibi Aff. n. 15. c. 11. §. filia. de ſucceſ. f. c. 1. §. ſimiliter de prohib. feud. alien per Lothar. Zaſ. p. 2. n. 59. Calder. conſ. 4.* feudi † enim recti natura eſt & regulare, vt nomine hæredum maſculi tantum veniant. *Zaſ. conſ. 11. num. 9. vol 1.*

3. Præmitto, deficien[illegible] † d[illegible] bus collaterales in ſe[illegible] tum, ſecundum m[illegible] nem [illegible] *verſ. hus ve*[illegible] *1.* [illegible] *ſucceſ*[illegible] dicit, eam opinionem conſuetudine approbatam eſſe. Quidam † volunt, collaterales tãtum ſuccedere vſque ad 7 gradum, *per text. c. 1. qui ſ. dar. poſſunt. vtramque opin. refert Curt. Im. tr. feud. 2. p. 3. pr. nu. 48. cum ſeq. vbi conciliat.*

His præmiſſis videndum de propoſita quæſtione. Et primò *an actor ſatisfecerit interlocutoriæ primo Iunij. An. 55. latæ?* Dico, quod ſic, nimirum per inſtrumentum inueſtituræ ab actore poſt latam interlocutoriam exhibitum.

Nam in eo expreſſe continetur Vrſulam & Margretham ſorores filias quondam Joſephi à Roßheim ad preces matris Catharinæ à Comite Chriſtophoro D. für ſie vnnd alle jhre Erben/ inueſtitas.

Cæterum, quia d. inueſtituræ † copia ex libro genealogiaco Ortergeltorum deſumpta eſt, obijcitur à Reis huic libro fidem dandam non eſſe. Mouentur quod priuata † ſcriptura ſit, quæ regulariter pro ſcribente & proferente non probat. *l. nomine. l. inſtrument. l. exemplo. C. de probat. cum ſimil.* Præſertim ſi deſint ſolennitates ad eius firmitatem requiſitæ, *Gail. obſ. 169. lib. 2.* & agatur de præiudicio tertij, vt in noſtro caſu *d. l. inſtrument. Fel. in c. cum Cam. n. 2. de probat. Idem in c. 2. n. 10 de fid. inſtrum. & ibidem communiter Canoniſtæ.*

Verum hac reorum exceptione non obſtante, credendum prædictum librum, conſideratis† circumſtantijs, etiam in iudicio, & inter alias perſonas fidem facere. 1. Propter autoritatem antiquam ſcripturæ, pro qua † adeo iuris præſumptio militat, vt etiã ſola fidem faciat. *c. ad audientiã. de præſcript. & ibi Canoniſtæ. d. c. cũ cauſam. & ibi Fel. & Abb. Bart. in l. 1. n. 2. ſi cert. pet. Spec. t. d. inſtrum. edit. §. nunc videndum. hic de pbat. §. videndũ. verſ. 9.* vbi dicit, per libros † antiquos, & ſcripturas antiquas, & lapidib⁹ inciſas, vel columnis, induci plenam probationem. 2. Quia prædictus liber† non ſolum fuit à maioribus Ortergeltorum pro authentico habitus, verũ etiam quod ſecundum eundem in contradictorio iudicio iudicatum ſit atteſtantibus hoc vnanimiter. 3. 4. 5. 6. 7. teſtibus. *Pariſ. conſ. 23. n. 235. vol. 1. Bart. d. l. 1. n. 22. ſi cert. pet.* 3. Quia adſeruatus ſemper fuit, & adhuc in loco honeſto, & archiuo familię Ortergeltorum, quo caſu traditum eſt, priuatã ſcripturam † plene probare. *per text. d. c. ad audientiam.* vbi inquit, credi † libro cenſuali antiquo, dum modo reperiatur & conſeruetur in loco non ſuſpecto. Panor. *c. cum Cam. n. 1. de probat.* dicit, hoc procedere, non quando agitur de magno iudicio, ſi talis liber vel ſcriptura ſit, cui ab antiquis noſtris communiter creditum eſt. *ſ. c. l. cenſus de probat.* Ex quibus in[illegible] orm. vbi ſupra, Hiſtoriarum libris† [illegible] quibus à maioribus ſemper fides adhi-

lis actio iniuriarum reuocatoria. Vnde in Cam. talis libellus valet & concludit. Cum tamen in presenti Reus satis graui pœna pecuniaria, considerata vtriusque persona, punitur, ne afflicto addatur afflictio, cocludo in sententia reclamationis nullã mentionem faciendam, sed pronunciandum in communi forma super sola pœna pecuniaria, cum refusione Expensarum. Saluo.

Sententia.

In Sachen L. Lupoldi Firmerß / Clägern eins / gegen vnnd wieder D. Ruprecht vom Wald/als Anwald vnnd Herrn deß Kriegs D. Steffan Mandels & Consortes Beklagten / anderstheils iniuriarum. Ist zu Recht erkandt/schwere gemelter Cläger selbst/oder durch seinen Volmächtigẽ einẽ Aydt zu Gott/ vnnd auff das Heilig Euangelium/ daß er lieber 100 Gülden Reynisch von den seinen verlieren/ oder so viel nit haben/dann die Schmach in fürbrachten Clagen angezogen gedulden oder leiden wölle / daß solches gehört werden / vnnd darauff ferner ergehen soll/was Recht ist Publicata den 16. Iu. Anno 64.

Sententia Definitiua.

In Sachen vt supra. Ist alle fürbringen nach zu Recht erkandt / daß gedachtem Belagten/dem gemelten Clägern gestalter massen zu schmähẽ nit gepüret / sondern daran zuviel vnnd vnrecht gethan habe. Vnnd darumb ermelter D. Ruprecht vom Wald jme Clägern 100 Gülden Reinisch / sampt dem Costen vnnd Schaden derohalben auffgelauffen / nach Rechtlicher ermessigung zu entrichten vnnd zu bezahlen schuldig sey/ Als wir jhnen hiermit condemniren vnnd verdammen.

DEC. II. VOTVM X.

In causa Dorotheen Wacholdern/
Contra
Christophorum, eiusue vxorem.
Iniuriarum.

SVMMARIA.

1 *Ex Iniuria vna plures actiones competunt, neque vnius actio per aliam consumitur.*
2 *Infamia sufficienter probanda.*
3 *Veritas infamiæ non excusat ab iniuria.*
4 *Crimen cõtrahitur si voluntas nocendi intercedat.*
5 *Famam qui negligit, vitam negligit.*
6 *Sententia in defunctum lata nulla est.*
7 *Sententia fertur in procuratorem post litem contestatam: quia tunc eius dominus efficitur.*
8 *Reus, qui dixit,* er wölle es beweisen/ oder ein schelm seyn/ *si non probat, infamis redditur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

1 VOTVM est in iure ex vna † iniuria plures actiones competere posse, neque vnius actionem per aliã consumi. *l. 1. §. f. Iniur.* Hinc vxor actoris suo nomine iniuriarum agit, id quod potest facere. *d. §. f.* Hanc actionẽ probatam esse concludo per ea, quæ supra in proxima causa dixi, & non elisa. 2 **I.** Quia obiecta infamia non est sufficienter probata. *d. c. præterea vbi Pan.* Test. Deinde etsi probata esset, tamen 3 quia publice, & † in rixa, & sic animo iniurioso obiecta fuit, veritas, vt supra dixi, non excusaret, *per ea quæ in prima causa dicta sunt*, Prauus enim animus releuantis rem efficit iniquam, & crimen † contrahitur, si 4 voluntas nocendi intercedat. *l. 1. C. si car.*

5 Porro cum causa † vitę & honestatis à pari procedant. *l. iuste & ibi gl. verb infamiæ quod met. causa.* Dubium non est hanc esse atrocissimã iniuriã, ideoq; eam æstimarẽ quoq; ad 200 flor. & sententiam conciperẽ in procuratorẽ duplici ratione. I. Ad euitandam infamiã. *d. l. furti. §. si quis alien.* Qui not. inf. II. Quia rea 6 defuncta est, & sententia † cõtra defunctum lata ipso iure nulla est. *l. in summa. §. f. Re iud. & ibi Bart.* in procuratorẽ vero † fieri potest post 7 litem contestatam, quia tunc factus est litis dominus. *l. nulla dubitatio. C. procurat. c. 1. §. extra eod.* Ferenda igitur sententia in procuratorem, quanquã Reus isto beneficio indignus videatur, cum suo se semel gladio iugulauerit, sibiq; sententiam dixerit, Er wölle es beweisen oder wöll ein schelm seyn. 8 Eo igitur ipso, quod † non probauit infamis est factus. *c. si quis iratus. §. f. 2. q. 3.* Cõcludo contra procuratorẽ sententiam ferendam cum refusione damnorũ & expensarum. Saluo.

Sententia præambula & definitiua concordat per omnia cum sententijs in præcedenti causa publicata eodem die.

DEC.

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM CAMERÆ IMPERIALIS SYNTAGMATIS II.

DECAS III. VOTVM I.

In causa H. Christoffel Tuweins/
Contra
H. Marolff Kulman/ eiusq; vxorem.
Reiteratarum Iniuriarum.

SVMMARIA.

1 *Rea mortua sententia in procuratorem tanquam dominum litis concipienda.*

IN NOMINE
Domini. Amen.

QVEMadmodum ansa ansam sic iniuria hic iniuriã trahit. Quoad vxorẽ Kulmanni 12. art. ꝓbant 2. test. quia hoc sæpius ab ipsa audiuerat. Præterea adiecit, **Tuwein sey ein Narr/ daß er sein weib nicht weiblich mit Füssen trette.** Id: 7. & 8. test. 17. art. ꝓbãt. 8. test. itẽ 5. test. secũdi examinis, & 6. test. ad eundẽ art.

Vnde breuiter cõcludo has reiteratas iniurias ꝓbatas esse, quoad vxorẽ Kulmanni, quam in 100. flor. cõdemnarem. Ipsum vero **Kulman.** Item D. **Marolff**/ quia contra illos nihil, aut parum probatũ est, pure absoluerẽ, compensatis tamẽ expẽsis propter ꝓsumptionem iniuriæ. Nam 6. testis contra **Marolff** etiã in specie deponit, sentẽtia concipienda in procuratorẽ tanquam Dominũ litis propter obitum Rex. *d. l. nulla dubitatio C. procur.* Quemadmodum in simili alia causa factũ. Saluo &c.

Sententia definitiua partim absolutoria, partim præambula Public. 16. Iun. Anno 64.

Sentẽtia definitiua publicata in eadẽ forma 23. Iun. anno 64. qua in prima causa.

IN Sachẽ H. Christoff Tuweins Clägern eins/ wieder H. Marolff/ H. Kulman vnd beyde Haußfrawen/ Beclagte anderstheils/ Reiteratarum Iniuriarum/ Ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß gedachter Marolff seine Haußfraw/ auch D. Kulmann von angestelter Clage zu absoluieren vnd erledigen seyn/ als wir auch sie darvon absoluieren vnd erledigẽ/ Compensatis Expensis. So viel aber weilandt Heidam/ gedachtes Kulmanns Haußfraw/ jetzo Quintilian Friedmann/ alß derselben Anwald vnnd Herrn deß Kriegs belangendt/ ist zu Recht erkandt/ schwere gemelter Kläger selbst/ oder durch seinen vollmächtigen Anwald zu Gott ꝛc. daß er lieber fünfftzig Gülden Reinisch von dem seinen verlieren/ oder so viel nit haben/ dann die Schmach in fürbrachter Clage angezogen/ gedulden oder leiden wölle/ daß solches gehört werden/ vnd daräuff ferner in der Sachen ergehen soll/ was Recht ist.

DEC. III. VOT. II.

In causa Haussen Kulmanns/
Contra
Christoff Tuwein/ & eius vxorem.
De Iniuriarum actione.

SVMMARA.

1 *Calumniæ calor inconsultus vitio caret.*
2 *Iniurioso aliquo dicto vel facto, ad irã prouocato, si calore iracundiæ aliquid iniuriosum dicat, non tenetur actione iniuriarum.*
3 *Vim vi, & iniuriam iniuria repellere licet.*
4 *De iniuria reciproca siue cõuicio quando quis iniuriarum actione teneatur.*
5 *Iniuriã prouocatus inferẽs mitius est puniẽdus.*
6 *Animi dolorem iustum difficile est compescere.*
7 *Verba honoris, sc. mentiris saluo honore, an iniuriam inferant.*
8 *Verbum tu mentiris iniuriosum est, & potest dari libellus iniuriarum.*

IN NO-

IN NOMINE Domini. Amen.

HAEc actio ex prima causa iniuriarum descendit, & art. defens. cum istis positionalibus conueniunt.

Quę de turbato conuiuio articulantur, nil ad propositum facit.

Quantū ad iniurias *in 32 & seq. art.* articulatas attinet, illud inter cætera probatū est, quod ignominioso & iniurioso vocabulo Reū ipsum Kulmañ appellarit. Cæterum quia iusto dolore commotus & primo prouocatus fecit hoc, puto libidinē & voluntatē conuiciandi abfuisse. Et per cōsequens actione iniuriarū ipsum nō teneri. 1 †Incōsultus enim calor calumniæ vitio caret. *c. si quē §. notād. 2. q. 3.* Itē, quia aliquo facto 2 †vel dicto fuit prouocatus ad irā, & calore iracundiæ aliquid iniuriosum dixerit, nō tenetur actio iniuriarū. *l. qui cū natu maior. §. si libertus bō. libert. l. 1. §. cū arietes. si quadrup. paup.* quia hoc fit honoris cōseruādi causa. *l. quæ omnia. §. 1. Procur.* Ratio, quia sicut permissum est vim 3 † vi repellere, ita iniuriā retorquere. *l. ut uim iust. & iur. Pan. c. cū te. à B. n. 25. re iud.* vbi sic distinguit. 4 Aut inquit iniuriā retorsi animo purgandi me ab illata iniuria, & cessat iniuriarum actio. Exemplum, si obijcieti aliquod crimē dicatur, *tu mētiris.* Nā licet mihi meā innocentiā defendere: Aut cōuicium meum concernit aliud factū, ita quod nō venit ad innocentiā meā defendendam, & tunc quilibet potest agere de iniuria sua, *fac. text. c. veniēs Iureiur.* ibi *alternatim cōuicia inferendo.* Et hoc alia ratione cōprobat ibidē Panorm. 5 Concludit tamen, quod, qui prouocatus † iniuriam intulit, mitius sit puniēdus, quia 6 difficile † est cōpescere iustū animi dolorē. *l. si adulteriū §. Impp. de adult.* Porro an iniuria 7 facta † verbis honoris præfatione tollatur vi de dd. locis alleg. *Couar. var. resol. lib. 1. c. 11. n. 1.* Videlicet si tu dixeris, *tu mentiris saluo honore.* Talis enim reseruatio n. excusat ab actione iniuriarū, quia dicere alicui, *tu mētiris* est 8 verbū † iniuriosum, & potest dari libellus iniuriarum. *Bart. l. itē apud Labeonē. §. ait prætor. n. 3. iniur. Moderni l. turpia. l. 1.* Fallit si ad defensionē suæ innocentiæ quis dixerit nō iniuriandi animo, *tu mentiris*, per ea quæ supra dicta sunt. Sed ad propositū consideratis atrocissimis iniurijs ipsius prouocantis, & iusto dolore ipsius prouocati, qui in vxoris pudorē propriam iniuriā pati intelligitur. *l. 2. C. Iniur. §. patitur. Inst. eod.* Cōcludo, quod ex d. *c. si quis iratus. 2. q. 3.* Reus pure sit absoluendus ab instituta actione, tamen modum in retorquenda iniuria excessisse videri potest. Compensatis Expensis. Saluo. &c.

Sententia.

IN Sachē H. Kulmās Clägern eins/ gegē Christoffel Tuweitt & Consorten, Beclagtē anders theils/ Iniuriarum, ist allem fürbringē nach zu Recht erkandt/ dass gedachte Beclagte von angestelter Clage zu absoluieren/ vnd erledigen seyn/ als wir sie auch darvon absolvieren vnd erledigē/ vnd die Gerichtscostē derohalben auffgelauffen/ aus bewegenden Vhrsachē gegen einander compensierendt vnd vergleichendt.

DECAS III. VOT. III.

In causa Christoff Tuweins/ *Contra* Hanß Marolff.

Iniuriarum ad iuramentum purgationis, & de sententia in procuratorem aut reum ferenda.

SVMMARIA.

1 *Verbum iniuriosum omne censetur probatū animo iniuriandi.*

2 *Animus in iniuriarū actione potissimū inspicitur.*

3 *Actus agentium non operentur vltra eorum intentionem.*

Innocentia deficiente actore in probatione iuramento purgationis probatur.

4 *Et non solū in criminalibus, sed etiam ciuilibus hæc purgatio induci potest.*

5 *Iniuria cedēs vel resultās in aliquo actu, sup quo litigatur, nō potest persequi nisi finita lite.*

6 *Sententia quo casu in actione iniuriarum in procuratorem ferenda sit, & quo in dominum.*

7 *Subtilitas legū de iure canonico non curatur.*

8 *Sententia de stylo Cameræ semper in domini personam concipitur.*

9 *Pars si velit ipse causam in Camera peragere, non admittitur, etiamsi principes viri essent.*

10 *Per aliū quid faciēs, seipsum fecisse videtur.*

11 *Procurator an in infamiā incurrat ex sententia ordinis motionis in dominum lata.*

12 *Procuratores Camerales omni macula carere debent.*

IN

IN NOMINE
Domini. Amen.

ACTIONEM probatã esse, partim ex ꝓpria Reorũ confessione, partim ex natura verborũ. Nam vt supra dictũ est in 1. causa omne verbũ † iniuriosum censetur probatũ animo iniuriãdi si nõ ostendatur contrariũ. *l. si nõ cõuicij. C. Iniur. Et ibi cõmuniter dd.* Videndũ igitur de elisione.

Excipit Reus, se non animo iniuriãdi, sc. affirmatiue, sed tantum narratiue pronunciasse. Quæ exceptio si probata sit, procul dubio releuãs est. Cum autẽ animus † iniuriandi principale requisitum sit & substantiale in actione iniuriæ, deficiẽte eo cessat actio. *l. illud. §. 1. Iniur. Rõ. cons. 96. per tot.* Nec enim factũ quęritur, sed causa faciendi. *l. verũ fuit*, facit ꝙ actus † agentium nõ operẽtur vltra eorũ intentionẽ, *l. nõ omnis numeratio. si cert. pet.*

Videndum igitur de exceptionum veritate. Duo ab actore testes ꝓducuntur, quorum vnus expresse hanc exceptionẽ probat, alter vero nihil in effectu iuris d. art. deponit, nisi de quibusdã verbis in ciuilibus potius, quam iniuriosis, quæ Reus nõ diffitetur, sed calore iracundiæ effusa fuisse, adserit. id quod verisimile quoque est. Quare cum hinc inde imperfectæ sint probationes ex parte actoris, præsumptio iuris est, quod iniurioso animo verba prolata sunt, *d. l. si nõ cõuicij.* Ex parte vero Rei vnius testis testimonium volo, igitur in dubio conscientiam eius iuramẽto purgationis grauare, & eatenus eum ab instituta actione absoluere, si iurauerit, articulata verba narratiue se tantum & nõ affirmatiue dixisse, quia, vt dixi iuris pręsumptionem, contra se habet, & regulariter arbitrio iudicis committitur, vt deficiente actore in probatione Reo, si grauetur, verisimilibus præsumptionibus ad ostendendã † innocentiam suã iuramentũ purgationis deferat, *prout singul. Host. in summa l. purgat. Can. õ. n. 3. vers. quando sit inducta. text. expresse c. f. Iureiur. & ibi gl. uerbo probationum.* Et in terminis actionum iniuriarũ text. not. *l. furti. § qui iussũ & qui. not infa t ibi gl. uerbo innocẽtiã. text. l. nõ damatis. §. f. C. eod.* Nã innocentia iuramento ꝓbatur. *l. præsenti. § sicuti C. qui ad t c. eles. cõiug.* Et non solũ † in criminalib. sed etiã ciuilib. purgatio Canonica induci potest, *p ea q̃ tradit Host. loc. cit.* Præstito itaq; iuramẽto illo, volo Reũ absoluere cõpensatis expẽsis.

Porro hic noua orit quæstio, an Reus post absolutoriã latam actorẽ iniuriarũ conuenire possit propter quædã verba iniuriosa in articulis actoris posita? Certum est, quod pẽdente lite nõ possit, sed finita lite potest. Iniuria † enim præcedẽs, vel resultãs in aliquo actu, super quo litigatur, nõ potest persequi nisi finita lite. *l. siquidem C. Iniuriis. l. si tibi seruitutis. C. liber. cau. Faber. §. iniuria. n. 2. uers. aue tamẽ inst. Iniur. Hennig. cõs. 30. n. 15.* Vnde dubiũ non est, quin Reus finita lite possit actorem prædictarum iniuriarum conuenire.

Cęterum, ne lis ex lite oriatur, volo in euentũ supplicanti Reo pro citatione processus denegare, maxime etiam, quia in hac causa culpa non careat, propter iuris pręsumptiones, aliaq; adminicula, quę huc nõ pertinent. Concludo itaq; Reũ post iuramentũ absoluendũ. Compensatis Expẽsis.

Sententia præambula purgationis.

In Sachen Christoffel Tumeins Clägern eins/ wieder Hansen Marolff Beclagten anders theils / Iniuriarum ist zu Recht erkandt/ schwere gedachter Beclagter ad proximam so ime darzu angesetzt / selbst oder durch seinen vollmächtigen Anwald einen Eydt zu Gott ꝛc. daß er die in vorbrachter Clegen an ezogene Wort/ ausserhalben einem schmälichen Gemüht erzelt/ vnd fürbracht habe/ daß solches gehört werden/ vnd er thue das also oder nicht/ ferner in der Sachen ergehen soll/ was Recht ist.

Sententia post iuramentum.

In Sachen vt supra. Ist allem fürbringen vnd erstattẽ Eydt zu Recht erkandt/ daß gedachter Beclagte von angestelter Clage zu absolvieren/vnd erledigen sey/als wir ihnen auch hiermit davon absolvieren vnd erledigen/vnd die Gerichts Costen derwegen auffgelauffen aus bewegenden Vrsachen compensierendt vnnd vergleichendt.

RAtio, cur sc. pœna pecuniaria in sentẽtia sit mitigata fuit, quia maioribus votis placuit Reũ propter exemplũ & atrocissimas iniurias, loco & ordine remouendum esse. Vnde orta noua disputatio, an sententia † concipiẽda in personam procuratoris vel rei principalis. Quidã putarũt necessario ferendã in personã procuratoris, siue remouedus foret Reus, siue ipse nunquã fuisset ꝑsens in iudicio, sed causam ꝑ procuratorẽ vsq; ad conclusionẽ causæ peregisset. *text. l. 1. C. sẽt. & interloca. & ibi Bart. & cõmuniter DD. gl. c. querelã. uerbo Oeconomi. Elect. Pan. late ibid. n. 10. cũ seq. & Anto. de Butr. n. 45.* Tali enim casu necessario ferẽda est sententia in ꝓcuratorem, alias est ipso iure nulla. *d. l. 1. C. sent. & interl.* Quia vbicunq; aliqua fiunt ꝑ procuratorẽ, oportet quod dispositio eius, quoad verba dispositiua, principiũ capiãt in ꝑsona illius qui egit negotiũ, qa inter ipsum & litigantẽ agitur negotium & ab ipso radicatur. Igitur ad ipsũ verba dirigẽda sunt. *ita ait Butrio d. c. querelã. n. 45. per text. c. quocunq; ad & obligat.* In summa om. DD. opinio est, quæ sententia in ꝓcuratorẽ ferẽda sit, quãdo is semper in iudicio fuit, & nõ dominus, *But. & Pã. ubi supra.* Ratio, quia cũ eo erat cõtractus iudicialis, vel quasi iritus. In iudicio enim quasi con-

si cõtrahitur.*l.3.§.idẽ scribit Specul.Pã.d.c.querelã n.10.inf.* Quod si dominus semel fuisset in iudicio litemq; contestatus, tum profectò posse sententiam in dominũ, vel in vtrunque ferri. DD. *vbi supra. Pan. c.cum te à. B. n.3. & 4. Angl.cons.98.per tot.*

At mihi contrarium placuit, sententiam in personã Domini concipiendã, tametsi in iudicio nunquã fuerit. I. Quia vsus omnium iudiciorũ hoc suadet& quotidie etiã in causis iniuriarũ ita in Cam. obseruatur. Deinde quia de † iure canô. talis subtilitas legũ non curatur. *ut est gl sing.c.suscitata. verbo monasterium int.restitutione fac. c. licet probat.* vbi sententia fertur non in syndicum communitatis Fauentinæ, sed contra ipsam communitatem in causa scilicet turbatę possess.

7

Præterea cum executio sententiæ contra dominũ facienda, cur non condemnatio contra eundem fieri possit. *l. lautius de procur.* Itẽ multi sunt casus, in quibus necessario contra dominum sentẽtia concipienda est, vt in causis matrimonialibus, quia non potest procurator condẽnari ad reddendũ debitum vxori, alijsq; casibus, quos not. *d.c. querelã verbo œconomi.* Deniq: in Cã. nõ aliter agitantur causę quã per procuratores, vnde secundũ ius ciuile *d.l.1.C.interl. & sent. om.iud.* omnes sentẽtię essent ipso iure nullę, cũ de stylo Camerę semper in domini † personam verba sententię concipiantur, quo quid esset absurdius. Imo etiã si ipsa pars velit causam hic peragere per se, nõ † posset ex iure ordinat. etiã si principes viri essent. *t.25. p.1.* Ad extremũ, qui † per aliũ quid facit per se fecisse videtur. *c.qui facit.R.iur.in 6. & ibi Dyn.*

8

9

10

Ex quo igitur consensu meo, procurator interuenit in iudicio, quid vetat, quo minus sententia in dominum ferri possit.

Omissa igitur subtilitate legali, de qua *Bart. d.l.1.Pã.Butrio d.c.querelã. Angl.d.cõs.98.* Cõcludo sententiã sine vicio nullitatis in dominũ ferri posse, in præsenti tamẽ causa nihil, quoad hãc quęstionẽ decisũ fuit, sed sententia in vtriusq; persona concepta, & per Bidellum iussu iudicis, & tanquam ex eius officio, Reo audiẽtia publica interdicta, & sic per consequentiam ordine & loco remotus est, non tam vigore sententiæ, quam ex Iudicis officio. Illud tamen certũ, etsi sentẽtia † feratur in procuratorem, quod tamen infamia facti per hoc non euitetur, licet iuris euitetur. *Angl.l.furti.§.si quis qui not.inf.Fel.d. c.cũ te à B.n.1.sent.& re iud.l. 2. Obsecę.possit patr.* Atq; in Cam. tanquã summi principis consistorio, procuratores omni macula carere debẽt. *Bald.ad d.l.§. ait prætor.in f.postul. Ias.§.f.n. 2.Inst.act.* Quare etsi sententia lata sit in procuratorem, tamẽ propter infamiã facti, loco & ordine remotus est, quanquã eo casu meo iudicio citius restituẽdus veniat. Hęc obiter memorię gratia hîc annotare volui.

11

DEC. III. VOTVM IV.

In causa Castelli, *Contra* Lotzen/

Iniuriarum.

SVMMARIA.

1 *Iniuriæ scriptæ, realesne, verbales, annales, vel perpetuæ sint.*

2 *Verbum iniuriosum præsumitur animo iniuriandi prolatum esse, nisi contrarium probetur.*

3 *Ius suũ qui persequitur, nemini iniuriam facit.*

4 *Prouocatus mitius ad iniuriam puniri debet.*

5 *Dolus vel delictum non cadit in eum, qui patitur mentis exilium.*

6 *Iuramentum purgationis Reo deferri potest ad pleniorem innocentiæ suæ probationem.*

IN NOMINE Domini Amen.

PROCESSVS legitimus, nihilq; vitij in processu. Actum † iniuriarũ scriptarum ratione, quæ an realis, verbalis, annalis, vel perpetua sit de hoc VVesemb.cõs.22.n.6.& seq lib.1. In hoc iudicio pro non annali, sed perpetua habitam esse testatur Gail.104 *n.3.lib.2* à qua sentẽtia non recedendum arbitror, licet illa distinctio facta in constitutionibus Saxonicis mihi placeret magis *p.4.Const.46.* vbi differentia statuitur inter famosum libellũ & simplicem iniuriam scriptam.

1

An probata?

PRobatio in promptu est, quia scripta illa iudicialia, inqbus verba iniuriosa cõtinẽtur in hoc iudicio sunt exhibita, & Reus eorum autorem se esse confitetur. In Elisione ergo tota vis cõsistit.

An Elisa?

ELisionis vis in eo consistit, an verba iniuriosa sint, & an animo iniuriãdi dicta. Nam hoc negando Reus conatur actionem elidere. I. Requisitum animus & voluntas iniuriandi, & præsumitur animo iniuriandi prolatum esse verbum † iniuriosum, nisi contrariũ probetur *l.si nõ cõuicii.C.iniur. vbi gl. & dd.Clarus lib.5.§.iniuria.n.12.* Examinando igitur verba iniuriosa, & quod ad ea attinet, quę desumpta sunt ex anzeig/ in causa Mertens Beer contra Castellum. 13. Septembr. Anno 71. producta cum illud scriptum per mo-

2

per modum exceptionis contra sufficientem paritionem in puncto executorialium sit exhibitum, in appellantes d. exceptiones se probaturos, non modo obtulerunt, sed & commissionem, & commissarios impetrarunt, adeo vt lis super ijs pendeat, videntur verba illa pro iniuriosis reputari non posse. Nemini

3 † enim iniuriam facit, qui ius suum prosequitur. *l. iniuriarum. §. 1. iniur.* Et protestatus est etiam noster hic Reus de non iniuriando, & quod defendendi iuris causa hæc fecerit, ideo iniuriarum actione non debet conueniri, *iuxta ea quæ traduntur decis. Tolos. 409. in f. addit. Oldradus cons. 53.*

Eadem est ratio secundarum iniuriarum, quæ ex articulato libello in causa das Vngeld belangendt / inter easdem 17. Sep. Anno 71. producto desumptæ sint. Nam cum in d. causa lis fuerit super restitutione des Vngeldts / quod Castellani aliquot annis indebite receperint, non sine causa videtur scripsisse actor daß Carle Lotz / das Vngeldt zugeben listiglich vberredet sey. Nam ex hoc pendet victoria causæ, si probatum fuerit, nec tenetur actione iniuriarum, si quis talia ad causam facientia in iudicio obijciat, si postmodum ea probet, per multa iura alleg. *per Gail. obs. 99. in f. lib. 2.*

Cæterum, quæ 3 & vlt. loco allegata sunt verba iniuriosa ex repl. 23. Nouembr. Anno 71. in eadem causa das Vngeldt belangendt productis desumpta, licet atrociora videantur, & negari nequeat, Reum dicterijs & scōmatibus excessisse modum, & merito modestioribus verbis tractare debuisse tam insignē magistratum, sub cuius ditione ipse natus est, tamen ad aliqualem excusationem facere videtur, quod reus vel eius consanginei per Aduocatum Castellanum antea in alia causa non leuiter fuerint prouocati, cum illis rebellionis crimen fuerit obiectum vt in seq. causa iniuriarum, in qua Carle Lotz actor est, patebit.

4 Prouocatus † autem mitius puniri debet, *l. si adulterium. §. imp. de adulter.*

Deinde allegat Reus, se eo tempore, quo pleraque producta composuerit, grauissimo morbo correptum, & alijs maximis molestijs vexatum fuisse, adeo vt non satis compos mentis fuerit, vnde intelligi potest, animum

5 iniuriandi defuisse, cum in eum qui † patitur mentis exilium, dolus vel delictum non cadat, *Gail. obs. 110. n. 12. lib. 2.*

Deniq; tametsi hæc non sufficerent ad excusanda verba iniuriosa allegata, tamen quia Reus se quodammodo offert ad purgationē, puto ad pleniorem probationem † innocentiæ suæ iuramentum purgationis illi deferri posse, quod si præstiterit, illum postea absoluendum censerem. Compensatis expensis, prout in hoc iudicio in multis causis sæpe factum esse tradit Gail. *obs. 106. lib. 2.* 6

Quidam concludunt per omnia cum D. Referente. Alij cōcludunt per verbum *placet.*

Præambula.

IN Sachen Burg. vnnd Rath der Statt Castell Clägern wieder D. Carlen Lotzen Iniuriarum Beclagten / ist die Sache von Ampts wegen vor beschlossen angenommen / vnnd erkandt / schwere gedachter Beclagter ad proximā, so jhme darzu angesetzt / oder durch seinen vollmächtigen Anwaldt einen Aydt zu Gott / vnnd auff das H. Euangelium / daß er die in vorbrachter Clage angezogene Wort allein zu seiner defension vnd ohne Fürsatz jemandts zu schmehen / geschrieben / vnnd fürbringen lassen / daß soches gehört werden / vnnd er thue das oder nit / ferrner in der Sachen ergehen soll / was Recht ist.

Definitiua post præstitum iuramentum.

IN Sachen Burg. vnnd Rath der Statt Castell Clägern eins wieder D. Carole Lotzen Beclagten anders theils iniuriarum, ist auff erstatten Aydt vnnd allem fürbringen nach zu Recht erkandt / daß gedachter Beclagter von angestelter Clage zu absoluieren vnnd erledigen sey / alß wir jhnen auch hiermitt dauon absoluiern vnnd erledigen / die Gerichts Costen derentwegen auffgelauffen / auß bewegenden Vrsachen gegen einander compensierendt vnnd vergleichendt.

DEC. III. VOTVM V.

In Caussa Carlen Lotzen /

Contra

Castell.

Iniuriarum.

SVMMARIA.

1 *Actionis iniuriarum fundamentum est animus iniuriandi.*
2 *Verba si sunt iniuriosa, præsumitur quoq; animus.*
3 *Dolus committi non solet aduersus personam non maleuolam: sicut nec sine caussa. nu. 4.*
5 *Pater non agens iniuriarū de iniuria filio facta, post mortem filij dictam iniuriam persequi nō potest, cum per dissimulatione & mortem patris sit sublata.*
6 *Dolo cessante, cessat quoq; actio iniuriarum.*
7 *Iniuria sine dolo non committitur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

MANDATA sufficientia: processus iustus. Actū actione iniuriarum scriptarum ciuili ad reuocationem. *Mynſ. obſ. 96. cent. 2.* Habetur pro ciuili & censetur quoque esse perpetua, vt in priori causa. Requisita apud Rofredum.

An probata?

FVndamentum † huius actionis est animus iniuriandi. *Rom. conſ. 69. nu. 4.* si verba † sunt iniuriosa præsumitur quoq; animus. *Pariſ. conſ. 149. nu. 19. vol. 4.* Verum decisio caussæ nostræ principalis in eo consistit, an verba illa à Reis prolata, sint scripta in personam actoris, siue directa nec ne. Non enim sufficit verba illa esse iniuriosa, sed insuper requiritur, quod illa verba actoris, vel suorum, quorum nomine agere potest, concernant personam, ita vt illi ex tali crimine actio sit orta.

Licet igitur ex scriptis productis verba illa iniuriosa sint probata, attamen ex propria cōfessione actoris probatum, quod ipse tum tēporis fuit minorennis neque personam legitimam standi in iudicio habuerit, sed potest tam proprio, quam suorum nomine litem cōtra reos, daß Vrzeidt beklagendt/ fuerit prosecutus, contra quem & ipsius consortes scripta illa fuerunt exhibita, vbi quoque totus contextus contra illos conceptus apparet, exceptis vltimis verbis ex producto 24. April. Anno 72. exhibita Castellanis, quæ tamen verba si probe inspiciantur dolum proferentium non arguunt. Dolus † committi non solet aduersus personam non maleuolam. *Cam. conſ. 62. circa f. 13.* sicuti etiam † dolus committi non solet sine caussa. *Cam. conſ. 217. lib. 4.* Sed hic dici non potest, quod actor tunc temporis malitiam aut rebellionem committere potuerit in conueniendo Castellanos, cum propter ætatem doli capax non fuerit. Et tale crimen ex defectu ætatis in ipsum cadere non potuerit. Simul igitur verba illa potius ad personam patris, qui tunc temporis pro se & liberis suis, in lite fuit referenda.

Qui enim non egerit, cum erat † in viuis filius, d. iniuriam prosequi non potest, cum per dissimulationem & mortem patris sit sublata. *Oldendr. in suis Claſſ. t. iniur.* Et facit, quod verba sunt intelligēda pro natura sui. Et cum verba in persona agentis verificari non possint, consequens est, quod respectu illorum verborum actio illi non competierit.

Nec obstat, quod pater etiam respectu liberorum, & sic actoris nomine contra Castellanos egerit, cum de illorum omnium interesse agebatur, *argumento eorum quæ habentur l. 1. C. diuerſ. reſt. text. l. minoribus vbi Iaſ. 3. not. C. de his quibus vt indig. Alex. conſ. 186. in f. lib. 2.* Nam ad hoc respondetur, quod iam dicta procedant in ijs personis, quibus illa verba iniuriosa applicari possunt. *ſecundum Angl. in §. hinc nobis. auth. hered. & falcid. Iaſ. l. ſubſtitutione. col. f. vulg. & pup. Alex. conſ. 122. lib. 6* Non igitur animus ex subaudito quodam intellectu contra ius præsumendum. Igitur cessante † dolo cessat quoque actio iniuriarum, quia sine dolo † iniuria non committitur. *Dec. conſ. 487. in f. Bald. conſ. 277. lib. 5.* Cōcludo igitur, actionem non esse probatam, ideoq; Reos absoluendos, compensatis expensis. Ideo cum Castellani occasionem ei præbuerint, conueniēdo ipsum prius, & verba priora per se quoque sint iniuriosa contra patrem, & ipsius cōiunctos prolata.

Vnus per omnia sentit cum D. Ref.
Huic astipulantur ceteri omnes.

Sententia.

JN Sachen D. Carlen Lotzen Clägern eins/ wieder Burg. vnd Rath der Stat Castel Beclagte anders theils/ ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß gedachte Beclagte/ von angestelter Clage zu absoluieren vnd zu erledigen seyn/ alß wir dieselbe hiermit absoluieren vnd erledigen/ die Gerichtskosten derowegen auffgelauffen/ auß bewegendē Vrsachen/ gegen einander compensierendt vñ vergleichendt.

DEC. III. VOTVM VI.

In Caussa Philips Ortergeldts/ *Contra* Den Hern von Festeburg.

Votum feudale de quæstione illa: An agnatus in præiudicium suorum agnatorum feudum alienare possit & quo iure ad agnatos pertineat?

SVMMARIA.

39 *Destructo antecedente & ipsum consequens corruere necesse est.*

40 *Alienatio sine alteratio facta per vasallum, etiam in casu licito, non potest eius descendentibus nocere.*

41 *In descendentium praeiudicium omnis dispositio, tam inter viuos quam ex testamento inualida est.*

42 *Factum vnius agnati non praeiudicat alijs.*

43 *Consensus agnati proximioris tametsi interuenerit, non potest tamen alterationem feudorum in praeiudicium agnatorum nasciturorum affirmare.*

44 *Feudum, si reuera sit paternum antiquum, licet vasallus de nouo inuestiatur feudo, ob id nō efficitur nouum, imò remanet antiquum & paternum.*

45 *Renouatio si fiat sine cōsensu agnatorum nulla ratione per nouas inuestituras potest immutari natura & qualitas ceterarum inuestiturarum.*

46 *Factum cuiq; suum, non alijs obesse debet.*

47 *Feudum paternum fieri potest nouum, agnatis consentientibus, si mutatis pactis renouetur.*

48 *Feudum concessum pro se & heredib. dicitur hereditarium.*

49 *Feudum hereditariū dupliciter dicitur, proprie & improprie.*

50 *Proprie, ad quod nemo admittitur, nisi qui sit quoq; heres hereditatis.*

51 *Improprie, quod quidem origine, respectu primi acquirentis, videtur esse in eius hereditate, sed postquam semel acquirenti successum est, desinit esse hereditarium.*

52 *Filius repudiata parentis hereditate feudum retinere nequit.*

53 *Agnatus hereditatem agnati vasalli repudiare potest, & nihilominus feudum hereditarium cōsequi, cum ille vocetur proprio & sanguinis iure ex legis prouidentia, non beneficio vasalli defuncti, sed primi acquirentis.*

54 *Vasallum succedere oportet, volentem heredem esse primi acquirentis, mediate vel immediate.*

55 *Verba illa in tenore inuestitura:* für sich vnd alle seine Erben/ *non sic accipienda, quasi omnes descendentes & agnatos heredes hereditatis esse necesse sit.*

56 *Heredis vocabulum in materia feudali non significat qualitatem successionis & hereditatis, sed qualitatem successoris.*

57 *Hereditas ipsa non vocat heredes sanguinis ad successionem feudi, sed ipsam naturam.*

58 *Vltimus agnatus semper est primi acquirentis successor, etiamsi feudum in mille manus ambulauerit,*

59 *Praescribi non potest, quod non potest acquiri.*

60 *In feudo currit praescriptio 30. ann.*

61 *Negligentia parentum nondum natis nocere non potest.*

62 *Agnati, nati & nascituri semper poterunt reuocare feudum alienatum, dum tamen tempore alienationis semper exsistat aliquis agnatus, qui reuocare posset, vel ad minus, quod sit conceptus eo tempore.*

63 *Non valenti agere Praescriptio non currit.*

64 *Res subiecta restitutioni, casu restitutionis eueniente, non obstante praescriptione vindicari potest.*

65 *Feudum, casu eueniente, ad agnatum proximum reuertitur.*

66 *Agnati iure proprio veniunt ad feudum, & vt heredes primi inuestiti, tanquam habentes caussam ab eo, & non ab alijs agnatis.*

67 *Prouisio feudalis est generalis omnibus de agnatione. Igitur debet extendi ad quoscunq;.*

68 *Feudum vbicunq; est concessum, generi & agnationi, & prouenit ab auo vel proauo, tunc delictum vnius non nocet alteri.*

IN NOMINE Domini. Amen.

IN decisione huius caussæ morem à maioribus traditum in Cam. hactenꝰ obseruatum sequendo, Primo dicam *de actione. 2. An probata. 3. An elisa. 4. Quid pronunciandum.*

Et quia de iurisdict. partes controuertuntur, breuiter concludo, nulla exceptione obstante, Cam. iurisdictionem fundatam esse. Constat enim ex actis primæ instantiæ caussam coram Landtgericht peractam, deinde sic ob denegatam iustitiam eādem receptam, ꝓcessus decretos, & desuper vsque ad conclusionem definitiue processum. Plane † ob denegatam iustitiam caussas hic accipi posse patet ex text. ordinat. *p. 2. tit. 26. text. in §. si tamen contigerit auth. vt diff. iud. & in materia feudali. c. 1. de milite vasal. qui contum. & ibi Affl. n. 97. cum seq. DD. in auth. statuimus. C. de Episc. & Cler.* 1

Actum puto condictione ex maioribus feudorum, nō autem vtili rei vendicatione, quia † certum est, eam tunc locum habere, quando vasallus à possessione, quā habuit cecidit. *arg. l. 1. si ager vectigal. Andr. de Isernia in praelud. feud. n. 45. concl. 610.* Cæterum hoc nostro ca- 2

su actor veram possessionem, quæ requiritur, nunquam habuit, sed contendit se vltimi vasalli successorem, petitque possessionem à reo iniuria & de facto occupatam, *Ias. in præludia feud. nu. 35.* Ideo dominium, quod non habuit, vendicare non potuit *l. 20. C. pact.*

Agit igitur cōdictione ex moribus feudorū, quæ ad acquirendam possessionem comparata est. *Iser. d. conclus. 610. Affl. in prælud. feudorum. n. 141. cum seqq.* Et competit non solum aduersus dominum, sed & quemcunq; possessorem, *per ea quæ allegat Bart. in l. 9. C. de condict. ex lege. t. in l. 1. §. rem. n. 4. de cond. trit. Bald. ad rubr. C. de cond. ex l. n. 7.* Item communiter feudistæ, vt supra.

An probata?

NON dubito, actorem sufficienter deduxisse & probasse ius agnationis, hoc est, ꝙ à primo acquirente Friderico descenderit, & ꝙ vltimi vasalli Philippi Ortergeldts/ de cuius successione agitur, proximior sit agnatus.

3 Id ꝙ non solum per testes † suæ familiæ, qui ad probandam consanguinitatem sunt idonei. *c. 3. Qui matrimonium accus. poss.*

4 Sed † & per librum Genealogiacum familiæ der Ortergelter variaq; & antiqua documenta. Et q̄ præiudicio priorum dominorum moueor, qui in eo nil addubitarunt, ideo breuitatis gratia in illis latius non insistam, sed illam quæstionem tractabo, in qua mihi videtur præsentis negotij fundamentum positum esse, scilic. quis fuerit primus feudi controuersi acquirens & stipes, & vtrum ab eodem actore descenderit. Pro cuius quæstionis decisione tria præmitto.

5 1. Præmitto, dominum † posse filiam Vasalli demortui ob bene merita & defuncti Vasalli præstita seruitia inuestire, *text. enim in c. 1. quemadmodum feud. ad filias pert. Zas. p. 8. n. 40. Curt. part. 3 n. 4.* Et hoc quidem sine controuersia procedit, non extantibus agnatis, hoc casu nostro.

6 2. Præmitto, feudum † à fœmina acquisitum desinere esse fœmineum, statim atque filius succedit, rectumque effici, vbi semel peruenerit ad masculum, ita vt imposterum fœminæ perpetuo excludantur. *c. 1. §. quin etiā Episcop. & ibi Aff. n. 15. c. 11. §. filia. de succes. f. c. 1. §. similiter de prohib. feud. alien per Lothar. Zas. p. 2. n. 58. Calder. cons. 4.*

7 feudi † enim recti natura est & regulare, vt nomine hæredum masculi tantum veniant. *Zas. cons. 11. num. 9. vol 1.*

8 3. Præmitto, deficientibus † descendentibus collaterales in feudo succedere in infinitum, secundum magis communem opinionem. *c. 1. vers. his vero & ibi Iser. n. 4. text. in c. 1. de natura succes. Zas. p. 4. n. 5. t. n. 34.* vbi dicit, eam opinionem consuetudine approbatam esse.

9 Quidam † volunt, collaterales tātum succedere vsque ad 7 gradum, *per text. c. 1. qui f. dar. possunt. vtramque opin. refert Curt. Im. tr. feud. 2. p. 3. pr. nu. 48. cum seq. vbi conciliat.*

His præmissis videndum de proposita quæstione. Et primò *an actor satisfecerit interlocutoriæ primo Iunij. An. 55. latæ?* Dico, quod sic, nimirum per instrumentum inuestituræ ab actore post latam interlocutoriam exhibitum.

Nam in eo expresse continetur Vrsulam & Margretham sorores filias quondam Josephi à Roßheim ad preces matris Catharinæ à Comite Christophoro Q. für sie vnnd alle jhre Erben/ inuestitas.

10 Cæterum, quia d. inuestituræ † copia ex libro genealogiaco Ortergeltorum desumpta est, obijcitur à Reis huic libro fidem dandam non esse.

11 Mouentur quod priuata † scriptura sit, quæ regulariter pro scribente & proferente non probat. *l. nomine. l. instrument. l. exemplo. C. de probat. cum simil.* Præsertim si desint solennitates ad eius firmitatem requisitæ, *Gail. obs. 169. lib. 2.* & agatur de præiudicio tertij, vt in nostro casu *d. l. instrument. Fel. in c. cum Cam. n. 2. de probat. Idem in c. 2. n. 10 de fid. instrum. & ibidem communiter Canonistæ.*

12 Verum hac reorum exceptione non obstante, credendum prædictum librum, consideratis † circumstantijs, etiam in iudicio, & inter alias personas fidem facere.

13 1. Propter autoritatem antiquam scripturæ, pro qua † adeo iuris præsumptio militat, vt etiā sola fidem faciat. *c. ad audientiā. de præscript. & ibi Canonistæ. d. c. cū causam. & ibi Fel. & Abb. Bart. in l. 1. n. 2. § cert. pet. Spec. t. d. instrum edit. §. nunc vided. r. hic de pbat. §. videndū. vers. 9.*

14 vbi dicit, per libros † antiquos, & scripturas antiquas, & lapidib⁹ incisas, vel columnis, induci plenam probationem.

15 2. Quia prædictus liber † non solum fuit à maioribus Ortergeltorum pro authentico habitus, verū etiam quod secundum eundem in contradictorio iudicio iudicatum sit attestantibus hoc vnanimiter. 3. 4. 5. 6. 7. testibus. *Parisi. cons. 23. n. 235. vol. 1. Bart. d. l. 1. n. 22. si cert. pet.*

16 3. Qui i adseruatus semper fuit, & adhuc in loco honesto, & archiuo familię Ortergeltorum, quo casu traditum est, priuatā scripturam † plene probare. *per text. d. c. ad audientiam.*

17 vbi inquit, credi † libro censuali antiquo, dum modo reperiatur & conseruetur in loco non suspecto. Panor. *c. cum Cam. n. 1. de probat.* dicit, hoc procedere, non quando agitur de magno iudicio, si talis liber vel scriptura sit, cui ab antiquis nostris communiter creditum est. *fac. l. census de probat.*

18 Ex quibus infert Panorm. vbi supra, Historiarum libris † & Chronicis, quibus à maioribus semper fides

adhibita fuit, credendum esse *gl. c. inter dilectos de fid. instrum. Bart. in l. 1. n. 22.* Eodem modo 19 † registra, si sunt benè custodita & inueniantur in Archiuis authenticarum personarũ, puta earum, quæ habent potestatem, Authenticas scripturas faciendi, fidem faciunt. *Innoc. c. 1. n. 1. de procurat. per ill. text. & c. ne ad audientiam de præscript.* secus esset, si non essent custodita, vel personæ non essent Authenticæ, quia hanc fidem non facerent. *Innoc. d. loco. Panor. c. 2. n. 6. de fid. instrum.* 4. Accedat, quod 20 propter difficultatem † probandi admittuntur probationes, quæ alias admitti non debēt. *Zas. cons. 15. n. 1. vol. 2. alleg. text. & DD. in c. veniens. leg. 2. testibus.* Innoc. *l. in illa lati in f. de V. ob.* hanc tradit 21 † decisionem, si materia sui natura difficultatem probationis habet, tunc legem cōtentam esse ea probatione, quæ fieri potest. *l. consensu. §. super plagis. C. de repud. l. filium. de his qui sunt sui vel alien. iur. l. si quando C. vnde vi.* Præterea & hoc certissimum est, actoris intentionem non solum fundatam in Ortergeldts Buch / sed etiam ex alijs documentis, & antiquis instrumentis probari.

Nam, quod ad præsentem quæstionem attinet, multum probant intentionem actoris, duo illa potissimum instrumenta in actis fol. 20 & 40. quorum primum continet pacta dotalia inter Fridericum primum acquirentem, & eius vxorem Vrsulam / ita vt dubium non sit d. Fridericum habuisse cōiugem Vrsulam filiam d. Josephi à Rosheim.

Ex altero vero cōstat, prædictam Vrsulam istorum bonorum feudalium primam acquirentem fuisse, ponderando verba illa. Die mir auch seither mein Mutter / vnnd Soror eius geben haben. Omitto alia instrumenta feudalia, ex quibus planè perspicuum est, bona ista feudalia, continua serie, & ordine successiuo, ad descendentes d. Vrsulæ peruenisse, nimirùm 3. & 4. reuersale Comitum à Q. in actis folio. 41.

22 Quod autem libri † eiusmodi feudales plenam fidem faciant iuris est indubitati, *per text. d. c. ad audientiam. de præscript. & ibi Panor. fac. d. l. census de probat. Zas. d. cons. 15. nu. 1. vol. 2.*

Itaq; quamuis prædictus Ortergeldts Buch pro se non probat sufficienter, cum huiusmo23 di † tamen adminiculis plenissimè probat. *d. l. instrument. C. probat. l. 2. & l. fin. C. de conuen. fisc. debitor. lib. 10. dd. latiss. in l. admonendi de iureiur. Spec. tit. de instrument. §. nunc dicend. n. 5. Ant. de Butrio. c. ad causam. n. 5. de probat.*

24 Nam quæ † non prosunt singula multa iuuant *l. cum scimus C. de agric. & cens. lib. 10.*

Porro, quod ad 6. & 8. addit. attinet, illos probatos esse censeo ex prænominato instrumento dotalitio. *n. 1.* & alio quodam in sent. *sn n. 7. in actis fol. 23.*

Concludo itaq;, actorem sufficienter probasse primum acquirentem, seque ab eodem descēdisse, atq; hoc vno d. sentētiæ interlocutoriæ satisfecisse. Videndum ergo de Elisione.

An Elisa?

Tribus potissimum exceptionibus Rei actoris intentionem oppugnant, quarum 1. Feudi naturam per appropriationem, & in 2. postea instauratione prænominatis dominis facta immutatam fuisse, id est, feudum istud esse hereditarium & præscriptum. Quoad 1. Considerare potissimum oportet. *An huiusmodi appropriatio* 25 † *(præsupposito quod facta sit, de quo ex actis ea sufficienter non apparet) in præiudicium agnatorum fieri potuit.*

Et breuiter dico, & concludo, quod non.

Notissimi enim iuris est, feuda 26 † non posse aliqua ratione in præiudicium eorum, ad quos successiue post mortem possidentis debeant venire in rem propriam alienari, aut alterari nec in totum, nec in partem, quocunq; distractionis genere hoc fiat. *c. de prohib. feud. alien. per Frid. c. 1. de alien. feud. Zas. p. 5. n 30. Paris. cons. 65. n. 29. vol. 3.* Quod non solum in vasallo alienante vtile dominium locum habere puto, verum etiam in domino sine distinctione alienante directum dominium. *text. expreß. in c. 1. §. præterea. de prohib. feud. alien. per Frid. Zas. part. 9. n. 9.* Et est ratio, quia 27 † pari iure inuicem censentur. *text. in c. form. fid. in fin.* Quare dominus alienando feudum ipsa proprietate priuatur. *c. 1. qualiter dominus propriet. f. priuet gl. in c. 1. for. fid.* eaque ad vasallum peruenit. *gl. d. c. 1. qualiter dominus. Zas. d. p. 9. num. 9.*

Plane hanc 28 † approbationem vocabulo alienationis contineri non dubito. *per l. 1. C. feud. dotal.* nimirum, per quam directum dominium à domino in vasallum transfertur.

Hoc autem cum cęteris agnatis ignorantibus, & non consentientibus, præiudicium adferat, quib. iam virtute primæ inuestituræ ius quæsitum erat, consequitur hunc domini assensum nullius momenti esse, qui 29 † hoc efficere non potuit, vt feudum non transeat ad illas personas, ad quas sui natura aliâs fuisset transiturum. *fac. c. 1. de vasal. decrep. ætat. & c. 1. d. alien. f. paterni.* ponderando verba nec in filiam, *& ibi Bart.* Quia 30 † eorum quoq; interest, ne deinceps perueniant ad potentiorem dominum quam Comitem. *Iser. in c. imperialem. nu. 9. de prohib. feud. alien. per Frid.* Illud tñ non negarim, prętensam appropriationē siue allodiationē valuisse quidē, quo ad ipsum acquirentē, & in præiudiciũ domini cōcedentis tm̃. Cæterum 31 † ita valere non potuit, vt post mor-

morte acquirentis eius effectus ad successores cum eadem qualitate transiret. *Bald. c. 1. §. hoc quoque. nu. 14. de success. f.* Habueruut quippe Hartmannus & Philippus Ortgelter limitatum dominiũ ad tempus vitæ tm̃, vnde ipsis † mortuis, omne ius exstinguit & resoluitur, ꝙ habuerunt, acquisiturq; alijs descendentib. ex primis acquisitorib⁹ ordine sanguinis, & iure proprio. *Paris. cons. 65. nu. 16. vol. 3. Alex. cons. 26. num. 2. vol. 5. fac. lex. c. 1. §. contrario de inuest. in re alien. facta.* Quemadmodum in simili valet refutatio feudi, facta † domino & agnatis non consentientibus, quam diu ipse viuit cedens. Sed soluto † iure refutatoris, soluitur quoq; ius acceptatoris. *Bald. c. 1 num. 1. de alien. f. patrim. & ibi Aluarot. nu. 6. Affl. c. 1. §. hoc quoq; n. 37. cum seqq. & ibid. Iser. nu. 5. de success. f. per ill. textum. Iacob. de S. Georg. verbo & cum puto. nu. 37. Zas. p. 9. nu. 14. Bald. cons. 250. nu. 1. vol. 2.* vbi dicit, quod quamuis † vasallus possit renunciare feudo, in manus Domini. *c. 1. §. rursus. quib. mod. feud. amittitur. c. 1. in f. de vasall. qui contra cons. Lothar.* Tamen hoc fieri non posse in præiudicium agnatorum, ad quos ex natura feudi antiqui post mortem renunciantis feudum redire debet, quia alteri † per alterũ iniqua non debet inferri conditio. *l. iniquiss. de iur. & fact. ignorant. Affl. d. §. hoc quoq; n. 102. fac. l. filius. §. diui. de leg.* 1. Ratio ex prædictis patet, quia vasallus habet tantum limitatum dominium ad tempus vitæ, & eo mortuo proximi agnati ex legis prouidentia, & proprio iure succedunt. Et sic feudum dicitur vsusfr. † quodammodo, qui coheret personæ, neque transmittitur, nisi quatenus consuetudo & natura feudi disponit. *Bald. cons. 38. nu. 2. p. 1. Ias. in terminis cons. 7. vol. 4.*

Ex quibus consectaneum puto, instaurationem feudi prænominatis dominis postea per Philips Ortergelter factam, nullam quoque firmitatem habuisse, neque & nunc habere. *per text. express. c. 1. & ibi Bald. in pr. de vasall. decrep. ætatis. Dec. cons. 78. n. 6. vol. 1.* Quia si non † valet appropriatio, nec valere potest actus, qui ex ea deriuatur. Destructo † enim antecedente, & ipsum consequens corruere necesse est. *l. 1. de off. eius cui mand. est iurisdictio. Zas. p. 8. nu. 59. l. nihil dolo. §. cum principalis. D. R. I.* Alienatio enim siue † alteratio feudi facta per vasallum, etiam in casu licito, non potest ei⁹ descẽdentibus nocere. *text. d. c. 1. §. hoc quoq; de success. feud. Alex. cons. 26. n. 1. vol. 5.* in quorum præiudicium † omnis dispositio tam inter viuos, quam testamento inualida est. *c. 1. §. donare. de alien. f. c. 1. de success. f. Paris. cons. 65. num. 45.* vel etiam cæteris agnatis incommodare, quia factum vnius † agnati non præiudicat alijs. *Affl. d. c. §. hoc quoque. num. 102. de success. f. d. l. filius. §. Diui. l. post mortem. f. de fide comm.* Accedit, quod nec de vllius agnati proximioris consensu nobis constat, qui † tametsi interuenisset, non potuit tamen hanc alterationem in præiudicium agnatorum nasciturorũ affirmare, quemadmodum hoc late persequitur Aluarott. *d. c. 1. §. hoc quoque. num. 6. & ibi 1. Iser. num. 6.*

Preterea & illud indubitatum est, si feudum reuera sit paternum & antiquum (vt absque dubio hoc nostro casu) licet vasallus † de nouo inuestiatur feudo, ob id non efficitur nouum, imo remanet antiquum & paternũ. *text. c. 1. vasall. decrep. ætat. & ibi Aluarot. num. 2. Curt. p. 1. 8. q. pr. nu. 11. Ias. cons. 108. vol. 2. num. 8.* Quod sine omni dubitatione procedit, si talis renouatio fieret sine consensu agnatorum, quia tunc nulla ratione † per nouas inuestituras potest immutari natura & qualitas cæterarum inuestiturarum. *Bald. cons. 205. num. 4. vol. 2. & cons. 198. num. 2. p. 2. & cons. 215. nu. 4. vol. 2. & cons. 205. num. 1. eod. vol. Pulchre cons. 38. nu. 2. vol. 1. Ias. cons. 7. col. 4. & col. pen. vol 3. Iser. c. 1. §. hoc quoq; num. 6. & 9. de succes. feud. Affl. c. 1. §. si quis. nu. 11. si de feud. fuerit contentio. Dec. cons. 445. nu. 7. vol. 4.*

Ratio prædictorum est, quia non licet recedere à prouidentia antiquorum parentum, cũ non versetur hac in re fauor vnius, sed multorum, & factum † cuique suum sibi non alij obesse debet *l. factum. de R. iur. Bald. d. cons. 198. nu. 2.* Agnatis tamen consentientibus † feudum paternum fieri nouum posset, si mutatis pactis renouetur. *text. sing. in c. 1. an agnat. vel fil. & ita tenet Iser. d. c. 1. de vasallis decrep. ætate. Curt. p. 1. 8. q. pr. n. 11. Zas. p. 3. nu. 4.*

Concludo itaque ex prædictis tam appropriationem, quæ subsecutam instaurationem & feudi renouationem primæuam naturã feudi antiqui non immutasse, aut etiam sine consensu agnatorũ mutari potuisse, *per ea quæ supra dicta sunt.*

Quoad secundam exceptionem de feud. hereditario. Actorem non esse, nec fuisse heredem Philippi vltimi vasalli. Igitur feudum domino apertum. Illa exceptio non obstat. Nam præmisso, quod feudum ita concessum † pro se & heredibus dicatur hereditarium. *c. 1. t. ibi dd. An agn. vel fil. Alex. d. consil. 26. vol. 5. n. 3.* Tamen notum est, dupliciter † feudum hereditarium dici, proprie & improprie. Proprie † ad quod nemo admittitur, nisi qui sit quoq; heres hereditatis. *d. c. 1. an agn. vel fil. t. & ibi gl. verb. repudiare.* Idq; deuoluitur etiam ad extraneos, venitq; in petitionẽ hereditatis vel fideicommissi. *Paris. late cõs. 23. n. 172. cũ seq. vol. 1. Ide cõsil. 65. n. 11. vol. 3. Iser. d. c. §. hoc quoq; n. 7. de success. feudi.* Improprie † ꝙ quidem origine, respectu primi acquirẽtis, videt esse in eius hereditate, sed postquã semel acquirẽti successum est, (vt

absque dubio nostro casu) desinit esse hereditarium. Quo fit vt filius repudiata † parentis hereditate feudum retinere nequeat. Ratio est, quia ad illud non venit iure ꝓprio, sed hereditatio ex persona patris, imo repræsentationis, & sic vt heres patris *tex. d. c. 1. vbi Aluar. n. 2. & cõmuniter feudistæ an agnat. vel fil. Parisi. d. cõs. 23. n. 176.* Agnatus hereditatẽ † cõtra agnati vasalli repudiare potest, & nihilominꝰ feudũ hereditariũ cõsequi, cũ ille vocetur ꝓprio & sanguinis iure ex legis prouidentia, nõ beneficio vasalli defuncti, sed primi acquirentis. *d. c. 1. an agn. vel fil. & ibi DD. Dec. cons. 28. num. 4.*

Considerata tamen qualitate concessionis, qua sola attenta, feudum illud dici potest hereditarium, cum oporteat vasallum † succedere, volentem hæredem esse primi acquirentis mediate vel immediate. *Paris. d. cons. 23. num. 183. vol. 1. Dec. d. cons. 78. num. 4. & cons. 208. num. 9.*

Ex quibus constat verba illa in tenore inuestituræ, für † sich vnnd alle jhre Erben non sic accipienda, quasi omnes descẽdentes & agnatos heredes hereditatis esse necesse sit, prout late tradit *Dec. d. cons. 208. nu. 9.* Quia in materia feudali † heredis vocabulum non significat qualitatem successionis & hereditatis, sed qualitatem successoris. *Paris. d. cons. 65. nu. 26. cum seq. vol. 3.*

Quare nec in præsenti casu requiritur, quod actor sit heres hereditatis ipsius Philippi vltimi vasalli, quia (vt dictum est) ad hunc feudum venit iure proprio ex prouidentia legis, personaq; propria considerata origine, principio & stipite, tanquam habentem caussam à concedente ac primo acquirente, & sic iure contractus primi acquirentis, & nõ quasi caussam habeat ab agnato transuersali. Ita in terminis loquitur Paris. *cons. 65. n. 3. & n. 16. cum seqq.* Atque ita non consideramus hic proximitatem respectu eius personæ, à qua vacat feudum, sed illius, à qua illud incepit. *Bald. cons. 137. vol. 2. Idem c. 1. 2. 7. de eo qui sibi vel hered. suis. &c.* Dicit, ipsam hereditatem † nõ vocare heredes sanguinis ad successionem feudi, sed ipsam naturam. *fac. ad l. 1. vers. ipso ordine sanguinis. C. de priuil. eorum qui in sacr. palat. lib. 12. ali. c. 1. n. 1. de alien. F. pater.* Hinc est, quod pro regula traditur. Vltimum † agnatum semper esse primi acquirentis successorẽ, etiamsi feudum in mille manus ambulauerit. *c. 1. in fin. de succes. feud. & ibid. DD. Ias. cons. 9. num. 6. in cons. feud. Zas. p. 8. nu. 5. Paris. d. cons. 23. n. 177. vol. 1.*

Concludo non obstante prædicta exceptione, Actores ad successionem peruenire posse, tametsi non sit vltimi vasalli heres, probata qualitate, quod à primo acquirente descenderit. *Dec. cons. 78. nu. 4. Paris. consil. 23. n. 77.*

Tertia exceptio de præscriptione ex supra deductis consequitur præscriptionis allegationem actori non obstare. 1. De alienatione prohibita intelligatur vt præscriptio prohibita. *l. alienationis & ibi gl. c. verbo. de V. sig. Aluar. d. c. 1. §. hoc quoque. num. 6. de succes. feud. Dec. cons. 87. num. 2.* vbi dicit, non † præscribi quod non potest acquiri. *l. vlt. C. de præscript.* 2. Licet regulariter in feudo † currat præscriptio 30. anni. c. *Titius filios. si de F. def. content. &c.* tamen illa locum non habet in feudo ex pacto & prouidentia, item hereditario, nec præiudicare potest illis, qui tempore alienationis nondum nati fuerant, quibus † negligentia parentum nocere non potuit. *Paris. d. consil. 23. num. 103. vol. 1. Affl. c. 1. §. Titius filios. num. 7. si de f. defuncti. &c.* vbi dicit quod medio tempore, dum viuunt agnati, qui consenserant, non currat præscriptio in feudo ex pacto & prouidẽtia contra agnatum. & admonet emptores, vt sibi caueant ab istis feudis ex pacto & prouidentia: quia agnati † nati & nasciturí semper poterũt reuocare, dum tamen tempore alienationis semper existat aliquis agnatus, qui reuocare possit, vel ad minus, ꝙ sit conceptus eo tempore. *Zas. p. 9. n. 23.*

Prædicta confirmantur ex rationibus sequentibus quarum. 1. Quod non † valenti agere non currat præscriptio. *l. 1. §. ne autem. C. de ann. excep. Bald. cons. 1. num. 13. Ias. in materia feud. cons. 7. col. 4.* vbi dicit præd. regulam esse iuris naturalis. Quia vbi non est negligentia, non debet esse pœna, sed actor non potuit agere viuis adhuc agnatis proximioribus & possessoribꝰ, ꝙ de facto & simulate in fraudem actoris tentarũt facere feudi alteratiõẽ, ideo ei nihil imputari poterit. 11. Ratio est, ꝙ inter agnatos feudũ sit quasi restitutioni subiectum. Vnde quemadmodum † res subiecta restitutioni, casu restitutionis eueniente, non obstante præscriptione vindicati potest. *l. fin. §. sin autem auaritiæ. C. com. de leg.* Ita quoque feudum, † casu eueniente, ad agnatum proximum reuertitur. *Dec. cons. 448. num. 46. cum seqq.* 3. Ratio est, quia, vt dictum est, agnati † veniunt ad feudum iure proprio, & vt heredes primi inuestiti, tanquam habentes caussam ab eo, & non ab alijs agnatis. *Paris. d. cent. 23. num. 199. vol. 1.* vnde singulariter decidit *Iser. d. c. 1. §. hoc quoque de succes. f. num. 6.* Si primus agnatus non reuocat feudum alienatum, poterit hoc facere secundus, & eo non reuocãte tertius, & sic deinceps gradatim, & ordine successiue.

Hoc confirmatur ex eo, quia in feudo antiquo ex prouidentia non obtinet successio, nec vnus

vnus caussam habet ab alio, sed omnes à primo acquirente. Facit & alia ratio. Quia † prouisio est generalis omnibus de agnatione. Igitur debet extendi ad quoscunque. *arg. l. liberorum. de V. S. text. c. 1. vers. quandoque sit recasurum de alien. f. primum. Alu. d. c. ex hoc quoque. num. 6. de succ. feudi.* Quapropter neque consensus, neque taciturnitas agnatorum poterunt præiudicare agnatis, natis & in futurum nascituris, sed vltimo possessore mortuo omnes ordine sequentes proprio iure alienatum feudum, nulla obstante præscriptione, reuocare possunt. Quo facit regula, quod tradit *Alex. cons. 30. num. 15. vol. 1.* Quod vbicunque feudum est concessum generi & agnationi, & prouenit ab auo vel proauo, tunc delictum vnius † non nocet alteri. *l. eum qui de incert. & releg.* Quod adeo verum est, vt etiam sine vlla prætij restitutione feudum alienatum reuocare possint. *text. c. 1. §. Titius filios. si de feud. def. conten. Zas. p. 9. num. 30. Aluar. d. §. num. 3.* Fructus tamê viuo alienatore perceptos emptor suos facit. *Aluarot. vt supra.*

67

68

Quid pronunciandum.

Concludo itaque præscriptionis exceptionem quoque non obstare, sed Reum ad restitutionem bonorum feudalium condemnandum, cum restitutione fructuum, à tempore litis contestationis primæ instantiæ perceptorum, & qui percipi potuerunt, compensatis tamen, ob iustam caussam defensionis, expensis. Omnes mecum concluserunt. Sententia concepta hoc modo.

Sententia.

In Sachẽ Ortergeites cõtra den võ Festeburg/ ist allem fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß deren in der ersten des dritten positional Articuls specificierte Lehenguetter nutzlich eigenthumb/ dem Clägern angefallen vnd jhme zugehörig/ darauff gedachter Herr Beclagter von solchen Lehenguettern abzutretten/ vnnd jhme dem Cläger Amptshalber/ von Zeit an beschehener Kriegs vestung/ auffgehabener Nutzung/ vnd so dauon auffgehaben werden mögen/ einzuraumen/ zuzustellẽ/ vnnd zu erstatten schuldig sey/ darzu wir auch hiermit jhnen condemnieren vnd verdämen/ aber die hohen Dorffiehenschaft in 6. bemelter 3. Articuls belangendt/ daß berutter Beclagter von derwegen angestelter Clage zu absoluieren vnnd erledigen sey/ als wir jhnen auch hiemit absoluieren vñ erledigen. Compensatis expensis.

DEC.

DECAS III. VOTVM VII.

In Caussa Prior & Conuent der Carthaußen Liebesholtz Appellanten vnnd Beclagten/

Contra

Philips Grauen zu Silleß Appellaten.

Commissa Felonia: decimarum feudalium.

SVMMARIA.

IN NOMINE Domini. Amen.

QVO ad nullitates, vt D. Ref. & alij ante me. Nam licet regulariter Clericus nõ possit se subijcere temporali iurisdictioni, etiamsi vellet, cum tale priuilegium fori non sit personale, sed totum ordinem & fauorem Ecclesiasticum concernat, vt est text. elegans. *c. si diligenti. for. comp.* Hoc tamen non procedit in feudis, quia quantum † ad bona feudalia Clericus conueniri debet coram iudice laico, id est, domino feudi. *per text. c. verum. for. comp. text. c. cæterum. iudic. Affl. c. 1. §. f. n. 6. ben. f. fœm.* Quoniam igitur in præsenti rei fatentur in defens. decimas esse feudales, siue sit Ecclesiasticum, siue profanum feudum, illud decimale iudicium parium subire tenentur. Aliud esset, si simpliciter de decimarum iure ageretur, quo † casu eorum cognitio spiritualis esset, & ad iudicem Ecclesiasticum pertineret. *c. tua. decim. c. later. iud. Ferrar. for. lib. de decim. iurisd. verbo me fuisse.* Sed hic ab initio decimæ istæ fuerunt feudum profanum, *vt ex 1. art. defens. colligitur.* Ergo eodem iure nunc quoque censeri debent, licet ad Ecclesiasticas personas, partim emptionis, partim donationis titulo peruenerint. Nã iuris est, quod † feudum emptum nihilominus feudum maneat & non fiat allodiale, id est, patrimonij proprij. Quod adeo verum est, vt etiam à talibus feudis emptis excludantur fœminæ. *prout refert Iac. de S. Georg. verbo fœminis. num. 6. & 7. Zas. par. 8. num. 37. de feud.* vbi di-

bi dicit se ita consuluisse, licet Odof. contrarium teneat, sc. quod in feudo empto fœminæ succedant. Idq; magis ex natura contractus, quam feudi, quem sequitur Affl. *c. 1. § & quia n. 23. qui feud. dar. poss.* Et secundum Odofredi sententiam, quam refert Iacob. vbi supra, audio in Cam. pronunciatum esse, sed hoc extra propositum.

Concludo igitur cum Dom. Ref. alleg nullitatem propter defectum iurisdictionis non obstare, accedente maxime tacita iurisdictionis prorogatione, quod super libello in prima instantia exhibito litem contestati sint, nulla facta mentione incompetentiæ.

De actione vt Dom. Referens. Actum sc. condictione ex moribus feudorum. *per text. c. 1. §. praeterea probib. feud. alien. per Frid.* ad vidend. sc. priuari feudo propter commissam feloniam, ob non petitam inuestituram intra annum & diem.

An probata?

4 IVris feudalis est notiss. quod † vasallus intra annum & diem, si paganus sit, inuestituræ renouationem petere debeat, aliâs committit feudum, *per text. in d. §. praeterea. text. c. 1. quæ fuit princ. causa benef. amitt. c. 1. c. conrad.* si vero miles sit, annum & mensem habeat ad recognoscendum feudum *c. 1. Quo temp. mil.* Iam in præsenti, quia rei intra annum & diem inuestituræ renouationem non petierunt, citantur ad videndum, se priuari per sententiam iudicis. Et recte quidem. Nam licet ob commissam feloniam incurrat pœnam priuationis, & amittat feudum ipso iure, quoad dominium: 5 tamen ad † auferendam possessionem requiritur causæ cognitio, & sic processus, & sententia declaratoria priuationis. *c. 1. feud. sine culpa non amitt. & ibi Affl. n. 13. Alex. cons. 103. cum seq Iacob. de S. Georg. verbo dictoq; vasalli promiserunt. n. 9. & 1.* Vnde dominus propter feloniam commissam ipso iure non potest propria autoritate feudi possessionem ad se rapere, sed requiritur causæ cognitio & sententia declaratoria priuationis.

Iam in proposita facti specie, cum Rei & appellantes intra annum & diem feudi renouationem non petierint, citantur ad videndû, se declarari per sententiam parium, vt d. est. Quod vero d. modo inuestituræ renouationem non petierint, plane in confesso est, vti ex mandato constitutionis & defensionibus reorum videre est. Vnde per consequens actor de iure feudali intentionem suam probatam habet, nisi elidatur, de qua iam dicend.

An Elisa?

6 CErtum est, quod tempus anni & diei non currat nisi † à tempore scientiæ, hoc est, cum vasallus scit & notitiam habet feudi vacantis. *gl. not. c. 1. quo têp. mil. Zas. de feud p. 7. n. 2.* Et sic tempus illud anni & diei ante scientiam est vtile, postea vero continuum. *gl d. c. 1. verbo infantia & ibi communiter dd.* Præterea iusta causa efficit, ne currat vasallo d. tempus, vnde ex iustis causis hoc quoq; vtile est, quibus cessantibus est continuum. Iustæ † causæ sunt 7 mors, pestis, incursus hostilis. *text d. c. 1. Quo temp. mil. & ibi late Prapos. gl. c. imperialem. §. praeterea. verbo negligentia. probib. feud. alien per Frid. Zas. p. 7 n. 4. Curt. de feud. p. 4 n. 45. cum seq.* vbi præd. reg. quæ intra annû decê modis limitat. Ignorantia igitur & causa iusta excusat vasallû à caducitate feudi, si videl. ex iusta causa vel ignorantia intra annum & diem feudum non recognouerit. *per iura supra alleg.*

Harum alteram sc. ignorantiam allegant rei appellantes in 1. defens. dum ponunt & aut se scripsisse NN. à CC. substituto, quod de FF. Comite citati sint, propter amissam intra annum & diem inuestituræ renouationem, so sie doch nicht anders wüsten / dann feudi renouatio wehre vorlangst beschehen. Certe si tempus acceptæ scientiæ distinguamus, Reos à negligentia vix excusare possum.

Nam licet ex actis aperte nobis non constet de aliqua admonitione seu denûciatione Comitis Anno 44. FF. facta liquide constat, ab eo saltem tempore habuerunt notitiam feudi vacantis.

Ante illud tempus nulla ijs negligentia propter iustâ ignorantiâ imputari poterit, qa crediderunt substitutum legitimo tempore renouationem inuestituræ petijsse, sed postquâ citati fuerunt ad videndum, se incidisse in pœnas priuationis propter omissam renouationem inuestituræ, amplius & porro ignorantiâ allegare potuerunt. Considerato igitur illo tempore, quo primû citati fuerunt à Comite FF. recte per modum defensionis ignorantiam feudi vacantis allegare potuerant.

Vnde defensionales articuli, qui ad illud tempus tantum se referunt, sunt releuantissimi. Considerato vero tempore, quo ab actore Philippo sc. FF. Comitis filio, iterum citantur Anno 50. & sic post interuallum 6 annorum, vix video, vt dixi, quo pacto à negligentia excusari possint. Nam intermedio illo tempore saltem scientiam habuerunt feudi nô recogniti, cum interea temporis alium substitutum oder Lehenträger domino feudi nô nominarint.

Nec hic dici potest quod pendente lite propter decretam & executam citationem Comitis FF. nulla interea ipsi negligentia imputari possit, quia nullum iudicium cum Comite FF. cœptum fuit. Citatio quidem emanauit, sed de reproductione eiusdem, & porro inchoato aliquo pcessu, nullibi ex actis constat. Proprie ... iudicium † incipit à tempore litis 8 contestatæ. *c. super quaestionem. vbi gl. verb. litis exor-*

exordiũ off. deleg. & ibi Fel. n. 6. DD. c. caussas trãsact. Et hoc ꝓcedit non solũ in caussa principali, sed etiam in caussa appellationis. *l. f. §. illud. C. temp. appell. Ias. ad rubr. in ius vocando in pr.* Fallit tamen hoc potiss. in quibusdam casibus, in quibus iudiciũ incipit à citatione, quos notat Fel. *d. c. super quaestionum n. 6. Mar. p. 5. n. 65.* Neq; etiam actor eos denuo citat tãquam cõtinuaturus litem cum patre cœptam, sed quasi nouam inchoaturus propter continuatam, & perseuerantẽ negligentiam, quod à patre FF. per citationem saltem admoniti, adhuc in cõtumacia recognoscendi persistant.

Concludo ergo Reos scientiam feudi vacãtis saltem à tempore primæ citationis, quæ fuit instar admonitionis, habuisse, & ꝑ consequens in negligentia fuisse.

Videndum igitur, an iustam caussam habuerint, non petendi feudi renouationem. Nam si iusta caussa interuenerit, quamobrem intra annum & diem non † petierit, etsi scientiam habuerint feudi vacantis, sunt excusandi. *text. d. c. 1. quo temp. mil. &c.* Debent enim † conuinci in iudicio contradictorio de culpa, ad hoc vt priuari possint. *per text. d. c. 1. §. f. ibi nisi coniuncta culpa &c. Quo tempore miles &c.*

9 10

Hîc considerandi & ponderandi sunt art. defens. in 4. art. ponunt, quo pacto ad citationem Comitis NN. substitutum suum NN. à CC. requisierunt. Hunc art. actor, quod scilicet substitutum requisierunt, credit in 7. art. Offerunt etiam alium substitutum, casu quo d. Comes FF. nolit cum substituto CC. contentus esse, quam art. actor similiter credit. Cũ igitur ante primam citationem nullam habuerint feudi vacantis notitiam, & post eam statim alium substitutum in euẽtum obtulerint, ipse potius dominus direct⁹ Comes FF. in culpa fuit, quod ad petitionem eorũ nihil rescripserit, eosq; certiores reddiderit, substitutum CC. nomine conuentus feudum hoc decimale non recognouisse. Nam si hoc ille rescripsisset, proculdubio eundem, vel alium substitutum ei nominassent. At quia hoc factum non est, neq; ad emanatam citationem aliqui processus inchoatus fuerunt, proculdubio boni Monachi in ea opinione substitutam renouationem petijsse, dominumq; præallegata excusatione, & oblatione contentum fuisse, & hac ratione secundo citati à negligentia, vel scientia excusari possunt.

Itaq; concludo iustam caussam interuenisse, quare non petierint intra legitimum tempus renouationem. Nihil enim malitiose egerunt, vti ex defensionalibus litis contestatione plene & aperte constat. Et sic in dubio magis in decidendo Reis, quam actori fauendum cẽseo. *l. fauorabiliores. R. iur.* In dubio † enim magis fauendum reo, vt absoluatur, quam actori. *Ias. l. de die nu. 12. &c. Satisd. cog. Angl. cons. 250. nu. 1.* Et hoc maxime hic procedere debet, quia rei de dãno vitãdo certant, actor vero de lucro captando. Deinde, quod domino directo nihil decedat, cum directum suum dominium retineat, suaq; etiam plurimũ intersit, multos habere vasallos. Præterea etsi aliqua culpa admissa esset, ea tamen in fauorem Ecclesiæ, & alimentorum remittẽdam, præsertim cum † Ecclesia minori comparetur. *c. 1. & c. auditis rest. in integr. l. orphana trophos. C. Ep. & Cler.* Atqui minor excusatur † à pœna priuationis, si intra legitimum tempus non petijsset renouationẽ. *text. c. 1. §. praeterea. prohib. feud. alien. per Frid. Curt. tr. feud. p. 4. n. 46.* Deniq;, quod negligẽtia † prælati ad vitam tantum ipsius Ecclesiæ nocere potuerit. *c. 1. §. f. cap. Conradi & ibi Feudistae.*

11 12 13 14

Pronunciandum itaq; definitiuè, male iudicatum, bene appellatum, eo quod nobis de innocentia eorum satis constet. Vlteriorem probationem nõ iniungerem. Nam editiones instrumentorum & inuestituræ CC. nihil aut parum momenti ad decisionem huius caussæ adferre posse existimo. Inuestitura quidẽ feudi in contrõuersijs † decidẽdis diligenter attendenda ad cognoscendam naturam feudi. *text. c. 1. duobus fratribus & c. 1. § nulla. per quos fiat inuestitura.* quia ad eam tanquam ad scopum † omnis feudi status dirigitur. *Zas. de feud. p. 8. n. 49. & p. 12. n. 41.* Sed hic non de natura & qualitate feudi, sed cõmissa felonia contenditur. Hoc solum quæritur, an feud. in commissum ceciderit, eo quod intra annum & diem, non sit petita renouatio, nõ quibus conditionibus, pactis, legibus concessum sit hoc feudum decimale. Et ipsemet rei in 9. defens. ponunt, substitutum rescripsisse, quod omnia feuda sua in genere recognouerit à comitibus sine aliqua specificatione. Quid igitur proderit nobis editio illa instrumentorũ. Præterea facta editione, in maiorem difficultatem & disputationem incideremus, scilicet an & quo pacto substitutus nocere possit Ecclesiæ an feudum cõmissum sit, quam diu? an rei restituendi in integrum. Itaque ne ex lite lis oriatur, mallem propter notoriam reorum, ex actis innocentiam definitiue pronũciare in fauorẽ reorum scilicet male iudicatum, bene appellatum. Compensatis tamen expensis propter iustissimam caussam litigandi. Saluo &c.

15 16

Quod Ecclesia † possit seruire per substitutum, vide remissiue Zas. *de feud. p. 5. n. 71.* Quatenus † noceat negligẽtia prælati, vide Angl. *cons. 245. per tot. Ias. Fulgos. Alber. l. placet. C. SS. Eccles.* de negligentia substituti. Bart. Alex. *& DD. l. vt. §. si procurator si quis ius dic. Feudistae. c. 1. §. Item si cler. cap. com. c. 1. §. & quia. Qui feud. dot. poss.*

17 18

Senten-

Sententia.

IN Sachen Prior vnnd Conuent der Carthaussen zu Liebesholtz/ Appellanten eins/ wieder H. Philips Grauen zu Filleß Appellatē anderstheils/ ist allem fürbringē nach zu Recht erkandt/ daß durch Richter voriger Instantz vbel geurtheilt/ wohl dauon Appelliert/ vñ gedachte Appellanten von angestelter Clage zu absoluieren vñ zu erledigen/ daß auch der Appellat sey dem Appellāten mit dem Beclagten Zehendt zu Langenginß auff der Appellanten gebührlich ansuchen/ wie von alters herkommen/ vnnd sich vermöge der Rechten gepühret/ zu besuhnen schuldig sey/ als wir jhnen Appellatē darzu hiermit condemnieren vnnd verdammen/ Compensatis tamen expensis. Publicata 10. Nouembris. Anno 63.

DEC. III. VOTVM VIII.

In Sachen der Hern zu Festeburg/

Contra

Seifridt auff dem Sandt.

Commissæ Feloniæ.

SVMMARIA.

1 *Pares curiæ sunt iudices ordinarij secundũ cõmunem opinionem.*

2 *Possessores bonorum feudalium citantur per publica proclamata.*

3 *Contradictor quando est incertus, tunc citandi sunt per edictum omnes, quorum interest.*

4 *Tempus petendi inuestituram nõ currit ignoranti, sed tantum scienti, quando vasallus scit, & notitiam habet feudi vacantis.*

5 *Tempus petendi inuestituram ante scientiam vtile est, postea vero continuum.*

6 *Ignorantia iuramento probari debet.*

7 *In intellectu & conscientia nostra, quæ consistunt, ea probantur per simplicem assertionem cum iuramento.*

8 *Idq; absque dubio procedit, si iusta sit ignorantiæ caussa.*

9 *Ignorantia regulariter præsumitur, vbi scientia non probatur.*

10 *Dominus, qui auocare vult feudum ab emptore, propter venditionem sine suo consensu factam, inprimis probare debet rem esse feudalem propter præsumptionem iuris.*

11 *Res qualibet præsumitur libera, nisi contrariũ probetur.*

12 *Præsumptio libertatis tantisper stat pro possidente, quam diu a domino contrarium nõ probetur.*

13 *In successione agnatorum inspicimus stipitẽ, qui primo acquisiuit feudum.*

14 *Iura feudalia nullum discrimen, quoad nullitatem contractus, faciunt an emptor rei feudalis sciuerit, vel ignorarit, rem esse feudalem.*

15 *Dominus, sine cuius consensu celebrata est venditio, contra quemcũq; possessorem vtili rei vindicatione, vel condictione ex morib. feudorum agere potest.*

16 *Vasallus si ignorans rem feudalem & liberam vendiderit, non committit feudum, probata ignorantia per iuramentum.*

17 *Emptor feudo priuatur in omnem euentum, siue scienter siue ignoranter res feudalis sit vendita.*

18 *Vasallus, qui ignoranter vendidit feudum sine consensu domini, tametsi feudum non committat, tenetur tamen bonæ fidei emptori de euictione ad omne interesse: secus si esset malæ fidei emptor, quo casu amittit pretium.*

19 *Emptor feudi pretium repetere non potest etiamsi stipulatus sit de euictione, sed illud applicabitur fisco.*

20 *Fiscus est successor male acquisitorum.*

21 *Erratum si in hypothesi, nõ autem in thesi est, valet sententia, licet nulla sit, si ab ea appelletur.*

22 *Iudex non tenetur remittere caussam, sed potest super principali & cognoscere & pronuntiare.*

23 *Iudex, qui semel grauauit, consumitur semper grauare velle.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVO ad nullitates processus, nihil desidero. Ordo enim iuris rite seruatus, libellus datus, lis contestata, in caussa conclusum, *iuxta l. probatam. C. sent. & interloc. om. iud.* qui quidem iuris ordo perinde in caussis feudalibus seruandus, atque ciuili-

1 uilibus, cum † pares curiæ secundū cōmunionem opinionem sint iudices ordinarij. *Innoc. c. cæterum. num. 4. iudic. Affl. c. 1. nu. 4. & 5. contr. feudi apud par. term. & ibid. Iser. nu. 7. & Prepos. num. 4.* condictio instituta ex *c. Imperialem. §. præterea. prohib. feud. alien. per Frider. & c. 1. qua Sner. 1. caussa benef. amitt.* ad videndum scilicet, vasallum priuari feudo propter commissam feloniam, ob non petitam legitimo tempore inuestituram intra annum scilicet & di-

2 em. Citantur bonorum † feudalium possessores per publ. proclamata, eo quod heredes vltimi vasalli defuncti in præiudicio disertis verbis confessi sint, se non possidere feuda

3 cōtrouersa (quando contradictor † est incertus, tunc citandi scilicet per edictum omnes, quorum interest. *Fel. late c. 2. num. 8. cum seq. constitu. Specul. t. de citat. §. sequitur. num. 13. cum seq. Bart. late in extrauag. ad reprimend. verbo per edictum*) ad hanc citationem comparet noster appellatus tanquam possessor decimarum zu Langen (quæ tamen in lite sunt) allegando titulum suæ possessionis, quod vid. partim successionis, partim emptionis iure d. decimæ ad se peruenerint, & quod nunquam sciuerit, illas esse fundales. Casu vero quo hoc ostendatur, petit se propter probabilem ignorantiam excusatum haberi, & adhuc à domino zu Festeburg gratiose inuestiri. Appellans (non obstante exceptione hac ignorantiæ) inhæret suæ actioni, petitque inprimis art. suis responderi.

Facta vtrinque submissione pares curiæ interloquuntur, & appellato nostro iuramentum deferunt, vid. si velit iurare, quod ignorarit decimas feudales fuisse, quod hoc audiri, & desuper fieri debeat, quod iuris est. Ab hac sententia appellatur ad Cam. Pares curiæ, id

4 mihi, spectasse videntur, quod tempus † petendi inuestituram, non currat ignoranti, sed tantum scienti, quando vasallus scit & notitiam habet feudi vacantis. Vtile † enim est ante

5 scientiam, postea vero continuum. *gl. not. c. 1. verbo infantiæ. in f. quo temp. miles per ill. text. ibid. communiter Feudistæ Zas. de feud. p. 7. num. 2.* Alleganti igitur ignorantiam, recte iura-

6 mentum detulisse videntur, cum † ea iuramento probari debeat. *c. 1. vers. iurare poterit cont. int. dom. & empt. & ibi Affl. n. 10. c. pastoralis. except. Alex. cons. 71. n. 5. vol. 1.* Nam ea, quæ con-

7 sistunt in intellectu † & conscientia nostra, ꝓbantur per simplicem adsertionem cum iuramento. *gl. sing. c. significasti, verbo si ita est, homicid. Ias. §. sed istæ. n. 88. inst. act. & ibi Zas. n. 22.* v-

8 bi prædictam reg. 4. modis limitat. Idq; † absque dubio procedit, si iusta sit caussa ignorantiæ, quæ in herede nostro casu recte præsumitur. *l. qui in alterius. Re. iur. gl. d. c. 1. verb. ignorans. Contr. int. dom. & empt. & ibid. Affl.* Quo ꝑ-

9 tinet, ꝙ regulariter ignorantia præsumatur, † vbi scientia nō probatur. *c. ꝓsumitur 47. R. iur. in 6.* Quibus consideratis videntur pares curiæ recte appellato iuramentum detulisse.

Videndū ergo de grauaminibus appellātis.

Duo potissimū grauamina exprimit in instrumento appellationis.

I. Quod præcipitanter & sine caussæ cognitione processum sit, eo ꝙ iuramentum delatum sit ante responsionem appellati ad art. in prima instantia exhibitos.

II. Quod iura feudalia quoad nullitatē cōtractus non distinguant, inter scientiam vel ignorantiam emptoris, feudum sine consensu domini ementis.

Ego vtrunq; grauatū arbitror. Nā, ꝙ ad appellatū attinet, in eo maxime grauatus est, ꝙ scil. contra præsumptionē libertatis nondū ꝓbata seruitute, iuramentum sibi delatū sit. Nā Dn̄s, † qui auocare vult feudum ab emptore, 10 propter venditionem sine suo consensu factā, imprimis probare debet, rem esse feudalē ꝓpter præsumptionem iuris, qua qualibet † res 11 præsumitur libera, nisi cōtrarium ꝓbetur. Tātisper. n. stat † præsumptio libertatis ꝓ possi- 12 dente, quādiu à dn̄o contrariū nō probetur. *l. altius & ibi gl. verbo prohibetur. C. seruitut. Et in terminis nostris est text. c. 1. §. f. contr. inter masc. & fœm.* vbi dicitur, ꝙ dn̄o in probatione deficiēte, emptori iuramentū demū sit deferendum. Atqui hic dn̄s nondū ꝓbauit decimas litigiosas esse feudales. Ergo iuramēto ꝓpter eā, quā dixi, libertatē iuris nondum locus fuit, *d. c. 1. §. fin. cont. int. masc. &c.* Et licet hoc non ipsius domini, sed parium cupla factū sit, qui præpostero ordine iuramentum iniunxerunt, antequam ipsis cōstaret, an dictæ decimæ sint feudales, tamen in eo maxime quoq;, vt dixi, appellatus grauatus est. Idque animaduertens filius appellati, reuocare vult confessionem patris in prima instantia coram paribus factam, *vt supra dixi.* Concludo ergo primum grauamen esse releuans.

Quod ad 2. attinet nusquam ex actis constat, appellatum agnatum fuisse, vel esse Balthasari vltimi litigiosorum feudorū, possessoris, vel quod à communi stipite originem trahit, & à primo acquirente descendat, id quod in successione feudorum requiritur per text. *c. 1. success. f. alias grad. success. & ibi Laudem. nu. 8. & 10.* vbi ponit hanc regulam. Quod † in 13 successione agnatorum inspicimus stipitem, qui primo acquisiuit feudum. *prout not. Bald. d. c. 1. §. his vero. num. 2. in f. Aluar. num. 2.* vbi dicunt, in succedentes, & cui succeditur, descenderunt à stipite, qui primo acquisiuit feudum, & quod successio in feudis semper aspiciat primum stipitem, & non alium, qui non est stipes agnationis communis. Non constat itaq;, vt dixi, ex actis appellatū iure agnationis ad feudum peruenisse. Imo ipse fatetur in missi-

missiuis suis ad dominum à Festeburg/ & pares Curiæ, quod decimæ litigiosæ ad se titulo emptionis in diuisione peruenerunt. Quod si verum est, sequitur huiusmodi alienationem sine cōsensu domini factam, sine discrimine scientiæ vel ignorantiæ non valere. Iura † enim feudalia (prout appellās loco grauaminis deducit) nullū discrimen quoad nullitatem contractus faciunt, an emptor rei feudalis sciuerit, vel ignorarit, rem esse feudalem. *d. c. 1. §. praeterea. probib. feud. alien. per Frid.* Nam † dominus sine cuius consensu celebrata est venditio cōtra quemcunq; possessorem vtili Rei vendicatione, vel condictione ex moribus feudorum agere potest, prout declarat *gl. d. c. 1. contr. intr. dum & empt. idid. Affl. n. 22.*

14

15

Quoad Vasallum, qui feudū alienauit sine consensu domini, multum operatur scientia vel ignorantia. Nam si † ignorans rē feudalem, vt liberam, vendiderit, non committit feudū, probata ignorantia per iuramentum. *text. d. c. 1. cont. inter dom. & empt. feu. & c. 1. §. si vasal. feud. si de feud. def. controu. sit inter dom. & agn.* Et hæc est singularis limitatio ad *c. imperialem. probib. feud. al. per Frid.* Cæterum † quoad emptorem nil interest. Is enim in omnem euētum feudo priuatur, siue scienter, siue ignotanter res feudalis sit vendita. *d. c. 1. contr. int. dom. & empt. & ibi Affl. n. 3.* Nam primo casu domino: altero vero ipsi venditori vasallo reddere compellit, *vt not. Affl. d. loco.* Potest tñ non solum à vasallo preciū repetere si bonæ fidei emptor sit. *text. d. c. Imperialē.* verū etiā ad omne interesse agere omissa pretij repetitione. *gl. d. c. Imp. verbo exempto & ibi Iser.* Vasallus, qui ignoranter vendidit † feudū sine consensu Dñi, tametsi feudū, vt dixi, non committat, tenetur tñ bonæ fidei emptori de euictione ad omne interesse. *Affl. d. c. 1. Contr. int. dominum & empt. feud. nu. 6. Alex. cons. 109. n. 9. vol. 4.* Secus si esset malæ fidei emptor, quo casu amittit pretium. *text. d. c. imperialem & ibi gl. verbo exempto cōmuniter approbata, vt refert Curt. de feud. p. 4. q. 27. n. 118.* Quod adeo † verum est, vt etiamsi stipulatus sit de euictione, non possit tamen pretiū repetere, sed illud applicabitur fisco, qui est successor † male acquisitorum, *ita art. gl. communiter approbata. d. c. Imp. verbo exempto. Curt. de feud. quaest. 29. n. 120.*

16

17

18

19

20

Quare cum ex actis liquido constet, nostrū appellatum non fuisse agnatum distincte aut originē à primo acquirente habuisse, præterea appellantem nondum probasse decimas litigiosas esse feudales contra text. *d. c. 1. §. f. cont. int. masc. & fœm.* vid. quod iuramentnm tum demum deferendū sit emptori, si dñs in probatione defecerit, volo pronunciare, male iudicatum, bene appellatum, Compensatis expensis propter iustā litigandi causam. Quamuis inspecto iure feudali sententia etiam nullitatis argui posset, vt patet ex ijs quæ supra d. sunt. Puto tamen magis cōtra ius litigatoris, quam constitutionis pronunciatum & sic in hypothesi, non autem in thesi erratū, quo casu valet sententia † licet nulla sit, si ab ea non appelletur. *Zas. l. praeses. n. 2. & l. cum prolatis. Re iudic. & vtrobiq; gl. & DD.* Causam principalem tamen hîc retinere volo, eo quod pronunciat benè appellatum, malè iudicatum, quo casu iudex non tenetur † remittere causam, sed potest super principali & cognoscere & pronunciare, *vt tradit gl. c. vt debitus in f. verbo alioqui appel.* Nam iudex, qui semel grauauit, præsumitur semper grauare velle, *Franc. d. c. vt debitus. n. 46. fac. l. eos. C. appell.* Pronunciarem itaq; super iniquitate, malè iudicatum, benè appellatum, Compensatis expensis, & appellato iniungerem respons. ad art. in 1. instantia exhibitos. Quod si domini vellent super nullitate pronunciare, non refragabor. Saluo. Omnes mecum cōncluserunt, excepto eo, quod super nullitate esset pronunciandum.

21

22

23

Sententia nullitatis.

In Sachen Herrn zu Festeburg Appellanten eins/ wieder weilandt Seyfrid auff dem Sand itzo Carln seinen Sohn/ Appellaten andertheils/ ist alle Fürbringen nach zu Recht erkandt/ daß durch Richter voriger Instantz nichtiglich gehandelt vnd geurtheilt/ vberflüssig daruon appellirt/ die Gerichts Costen derwegen auffgelauffen/ auß bewegenden Vrsachen gegen einander compensirende vnnd vergleichendt/ ferner der Beschaidt wöllen die Partheyen einander Spruch vnnd Forderung nicht erlassen/ daß dieses ahn diesem Kayß. CammerGericht gehört werden/ vnd daruff ergehen soll/ was Recht ist.

DEC. III. VOTVM IX.

In Caussa Weiß/
Contra
Pfeilsticker.

In puncto pertinentiarum, incidenter spolium.

SVMMARIA.

1 *Verbum pertinere non solum ad petitorium, verum etiam ad possessorium referri potest.*
2 *Verbum pertinere intelligi potest tribus modis: iure dominij, iure possessionis: & quia res mihi debita est.*
3 *Iudicium possessorium recuperãdæ separatum est à petitorio, nihilq; cum eo commune habet.*
4 *Aliud est res, aliud possessio.*
5 *Probationes factæ sine actione in iudicium deducta, non valent, & sententia desuper ferri non potest.*
6 *Iudex de qua re cognouit, de ea pronuntiare debet.*
7 *Iudex non potest recipere probationes in petitorio, & secundum eas iudicare.*
8 *Possessorio pendente iudicis potestas in suspenso est, quoad petitorium, & omnia illud concernentia, eiusq; accessoria.*
9 *Iudex, qui de proprietate tantum datus est, nõ potest cognoscere de possessorio.*
10 *Verba illa* ein Zugehör *secundum materiam subiectam & qualitatem iudicij accipienda sunt.*
11 *Spoliatus ante omnia restituendus est.*
12 *In iudicio possessorio sufficiunt semiplenæ probationes, veluti per famam, vel vnicum testem.*
13 *Interdictum recuperandæ priuilegiatum est odio spoliantis.*
14 *Possessione castri vel territorij alicuius apprehensa, censentur apprehensæ omnes villæ ad castrum pertinentes, omnes fundi circumiacentes, & quicquid omnino in toto isto territorio, vel extra, ad castrum pertinet.*
15 *Pertinentiæ quæ dicantur, quomodo constituantur, quomodo probentur.*
16 *In possessorio iudicio non est necesse aliud probare, quam factum possessorium, & ratio. ibid.*
17 *Testis debet deponere per verba facti, non per verba iuris.*
18 *In iudicio recuperandæ duo potissimum sunt probanda, possessio & spolium.*
19 *Testis, qui in vno vacillat & reprobatur, in omnibus est suspectus.*
20 *Dominus subditos inuitos cogere non potest, alibi & extra territorium, aut fines præscriptos, operas & ministeria præstare.*
21 *Promissum in vno loco non tenetur quis soluere in alio.*
22 *Titio quod debetur, non debet solui Seio.*
23 *Fundorum nomina & domus, destinatione patrisfam. non natura constituuntur.*
24 *Census cui soluitur, argui potest, quod in signum subiectionis solutus sit.*
25 *Allegatio sola non sufficit, nisi probetur quoq; allegatum.*

IN NOMINE Domini. Amen.

IN hoc puncto pertinentiarum duo potissimũ cõsideranda existimo. Primum, an in præsenti casu sufficiat pertinentias tãtũ possessorio probare. Alterum, quæ nam sint per actorem vigore interlocutoriarum ex pagis liquidatis pertinentiæ castri Stadenaw/ probatæ.

Quod ad primum expressi iuris est, verbum illud pertinere non † solum ad petitorium, verum etiam possessorium referri posse. *l. verbũ illud V. sign. c. cum ad sedem. rest. spol. gl. l. si quis intentione iudic. Fel. c. inter dilectos n. 2. fide instrument. Idem ad rubr. de rescr.* quibus locis tradunt DD. verbum illud pertinere esse latissimum & possessorium & petitorium comprehendere. *Alex. cons. 90. nu. 2. vol. 5. quam refert & sequitur Ias. l. naturaliter. §. nihil commune acquir. poss. n. 18.* tenens, quod verbũ illud pertinere, possit etiam in nudo possessorio ratione possessionis caussam tm̃ verificari. *per text. c. q̃relam. Elect. & d. l. verbũ illud. Castr. l. si quis intentione. n. 6. iudic.* vbi dicit, verbũ pertinere intelligi † posse trib⁹ modis. Iure dñij: Iure possessionis, & quia res mihi debita est. *fac. not. Bald. cons. 426. n. 4. vol. 1.* Cũ itaq; hic versamur in iudicio possessorio recuperandæ, ꝙ † separatũ est à petitorio, nihilq; cum eo cõmune habet. Aliud n. † est res, aliud possessio. *l. si duo. §. fin. vti possid. l. q. restituere. l. officiũ. Rei vẽd. d. l. naturaliter. §. nihil cõmune. Alex. cons. 107. in pr. vol. 2.* Consequitur satis esse, actorẽ pertinẽtias possessoriæ tm̃ probare, hoc est, Castrũ Stadenaw fuisse tantũ in diutina possessione pagorum, de quorũ restitutione cõtrouertitur. An vero ꝑprie eo ꝑtineant, quoniã hoc ad petitoriũ spectat iudicium, in nostram cognitionem modo venire non debet. Nam tametsi proprie probare vellet, aut etiam probasset, iudex tantum desuper cognoscere & pronunciare non posset, eo quod super dominio lis contestata non est, & sic actio nulla in iudicium deducta, sine † qua probationes factæ non valent, & sententia desuper ferri non potest. *Bald. l. post sententiam. numero 4. C. sent. & interloc. om. iud. Idem l. ordinarij. num 11. C. rei vend. & l. possessio. num. 1. C. probat.* Quia iudex, de qua re † cognouit, de ea pronunciare debet. *l. de qua re iud.* Sed in petitorio nihil cognouit. Ergo etiã desup pronũciare nõ potest. *Rota decis. 16. n. 2. rest. spol. in nouis,* vbi dicit, ꝙ iudex † non potest recipere ꝓbationes in petitorio, & secundũ eas iudicare, quia pẽdente † possessorio potestas ei⁹ in suspẽso est, quo ad petitoriũ, & omnia illud cõcernentia, eiusque accessoria

c. pa-

c. pastoralis. causa poss. & propriet. fac. l. si de proprietate. C. si autem non comp. iud. vbi iudex, qui 9 de † proprietate tantum datus est, non potest cognoscere de possessorio. Et ibi Bald. *n. 20.* dicit, ꝙ ille, qui cognouit de possessorio, de petitorio non cognoscit, si per hoc alterius iurisdictioni & cognitioni præiudicetur. Idq; sine controuersia obtinet, in interdicto recuperandæ, *vt gl. & Salic. d. l. si de propriet. n. 2.* sed hîc præiudicaretur alterius iurisdictioni, quia causa petitorij immediate huc non pertinet.

Non obstat interlocutoria Anno 34. 23 Martij hic lata, qua actori probatio iniungitur dz die specificirte Güter ein zugehör der Schlösser Stadenauw seyn. 10 Quia verba illa † ein Zugehör secūdū materiā subiectā & qualitatē iudicij accipiēda sūt, vt sic in hoc iudicio possessoriè intelligi tantū debeāt, *Rota quasi in term. decis. 9. causa poss. & ꝓpriet. in nouis.* Adeoq; interpretationē ex ipso iudicato accipere, ꝙ est mere possessorium, *per iura pred.* Idq; vel omnium maxime in causa executionis obtinere debet, in qua tātum nudū exequendi ministeriū habem⁹. *l. executorē. C. execut. rei iud.* Nō n. satis est adhoc, vt de possessorio cognoscatur, sententiam esse latā nisi etiā plenè executa sit, 11 quia spoliatus † ante oīa restituendus. Et hoc expresse tenuit Paris. *conf. 106. n 26. vol. 1. Bart. l. si quis ad se. n. 2. C. ad l. Iul. de vi publ. Bart. l. 2. C. sent. quæ sine certa quant.* vbi dicit, ꝙ vigore primæ institutæ actionis debet fieri adiudicatio in bonis post sententiā definitiuam liquidatis. Et Alex. *conf. 107. n. 2. vol. 2.* dicit, ꝙ licet in libello facta sit mentio proprietatis, tamen non ampliat vires libelli in possessorio.

Ex quibus omnibus concludo, sufficere hic tantū pertinētias possessoriè probare, nec aliter ad obtinendā restitutionē in hoc possessorio iudicio, in quo tm̄ versamur ꝓbari posse.

Videndum nunc de secundo capite de probatione pertinentiarū, in quo necessario duo 12 præmitto. I. Quod in † iudicio possessorio sufficiāt semiplenæ probationes, veluti per famā, vel vnicum testem. *Bart. l. 1. n. 10. C. quor. bon. & l. 2. §. fin. C. vbi in rem actio. Dec. conf. 56. part. 1. & conf. 663. n. 2. p. 5.* Et hoc præcipue obtinet in 13 interdicto recuperandæ, ꝙ est priuilegiatum † odio spoliantis, *d. l si quis ad se, vbi Bart. in pr. C. ad l. Iul. de vi publ. c. pastoralis caussa possess. & propr.*

II. Præmitto, quod apprehensa possessio 14 Castri † vel territorij alicuius, censeantur apprehensæ omnes villæ ad Castrū pertinentes, omnes fundi circumiacentes, & quicquid omnino in toto isto territorio, vel extra ad Castrum pertinet, *vt D. Ref in 17. præmiss. ex Zas. ad l. 3. n. 20. acqr. poss.* 15 Quæ † dicantur pertinentiæ, quomodo constituantur, quomodo probentur, vid. Bald. *conf. 420. per tot. p. 1. & 468. p. 3.*

His præmissis breuitatis gratia concludo, sufficienter ex depositionibus testium in hoc iudicio possessorio probatum esse, Castrum Stadenauw fuisse in diutina, & quieta possessione pagorum Griedel/ Reichelheim ꝛc. eosq; ad dictum Castrum possessoriè pertinuisse & pertinere.

De Willenwaldt non nihil dubito propter incertam sexti testis ad 12. art. depositionem, dum in genere dicit, quod nescit. Et sic remanet vnicus tantū testis, nimirū hic de illo pago in specie deponens. Puto tamen eius dictum saluari posse ex testificatione vltimi test. 2. retuli ad eund. art. de promiscuo vsu testificantis & ꝙ in hoc iudicio etiā semiplenæ probationes cōtra spoliantē valeant, *per iura supra alleg.* De Holtzheim nihil certi inuenio ex dictis testium, ideo quoq; nihil adiudicare volo. De Steinbach & Stadenauw pagis nulla est inter dominos controuersia, & sunt tam Rei propria confessione, quam testibus sufficienter probati.

Non mouet me, quod testes pleriq; de vsu tantum deponunt, sc. se scire socerum vsum fuisse d. pagis ad Castrum Stadenauw/ an vero eo pertineant ignorare, quia in possessorio 16 † iudicio non est necesse aliud probare, quam factum possessorium. De facto enim non de iure disputatur. *l. 2. §. 1. si seruitus vend. Bald. d. l. ordinarij. nu. 7. C. Rei vend.* Præterea † te- 17 stis debet per verba facti deponere, non per verba iuris. *Dec. conf. 524. n. 3. vol. 4. fac. text. l. stipulatio ista habere licere. §. hac quoq; stipulatio. vbi gl. & Bart. n. 2. V. obl. Paris. conf. 107. n. 18. vol. 1. Soc. conf. 253. vol. 2.* Nam in hoc † iu- 18 dicio recuperandæ duo sunt potissimum proband. Possessio & spolium. *c. cum olim. caussa poss. & propr. c. cum ad sedem. vbi gl. verb. diutius. Rest. Spol. Dec. conf. 671. in pr. vol. 5.* quæ in facto consistunt. Sufficit ergo testes de facto deponere. Quibus accedat, quod in actis probatum non reperiam, dictos pagos iure proprietatis ad Castrū Stadenauw nō pertinere. Excluso enim penultimo teste, qui est vnicus & singularis, & cui soli in fauorem spoliantis cōtra spoliatū fidem habere non possum, nullus testium hoc deponit. Nam vltimus de promiscuo vsu dicit, & sic in eo quoq; singularis est. Imo fides etiam vtriusq; ob id etiam vacillat, ꝙ cōtra expressam in confessionem rei appendice ad art. liquidatorios deponant pagū Stadenauw pertinere ad Castrum Fronberg. Nam † testis, qui in vno vacillat, & reproba- 19 tur, in omnibus suspectus est. *c. frater. haret. Soc. conf. 54. n. 20. vol. 4.* Vt interim taceam alterum homicidam esse, licet principi reconciliatum. Et hic diligenter ponderandū & obseruandū puto, situm pagorū Fronberg & Hessel/ nimirū illos quinq; miliaribus, & vno distare à Castro Stadenaw/ vti deponunt penult. test. ad 1. & vlt. test. ad 13. interrogat. Husanorum.

Ex quo nō vulgaris deducitur præsumptio, d. pagos etiam pertinuisse proprie ad Castrum Stadenauw. Nam non est verisimile, rusticos alio seruire voluisse, quam quo destinati erāt.

Quia nemo præsumitur iactare libertatem
20 suam. Et dominus inuitos † cogere non potuisset alibi, & extra territorium, aut fines præscriptos, operas & ministeria præstare. *text. eleg. l. si cui seruit. & arg. l. quadam natu-*
21 *raliter. fam. ercisc.* Promissum † enim in vno loco non tenetur quis soluere in alio, *l. 1. de eo*
22 *quod cert. loco l. vsuras. vbi gl. C. solut.* & quod † debetur Titio non debet solui Seio. *l. qui heredem. §. qui nullo solut. Boer. decis. 212. nu. 19. part. 1.*

Nunc in præsenti ex actis constat, quod incolæ & rustici pagorum Fronberg & Helsse/ haben gehn Stadenauw Holtz zu Herrendienst führen müssen/ quæ verba meo iudicio importāt necessitatem subiectionis, & indicant, pagos illos, etiam iure proprio, iure dominij, ad Castrum Stadenauw pertinere & proprie pertinentias esse. Quare hic non puto curiose disputandum de expressa destinatione patrisfam. quia sufficit Socerum vsum fuisse dictis pagis.

23 Nostra † enim destinatione fundorum nomina & domus, non natura constituuntur, *l. quod inter. §. si quis leg. l. 1. quæsit. §. si quis eod. l. Papinianus fundo instru.* Quibus legibus expresse probatur, quod pertinentiæ destinatione & voluntate patrisfam. constituantur. Illud enim euidenter ex actis constat, Socerum habuisse domicilium suum principale in Castro Stadenauw / & ibid. per totos 40. annos habitasse, pagisq; vsum semper fuisse. Vnde non obscure colligitur subijciendi voluntas, quod Castro illos pagos sua voluntate destinarit. Quæ quidem voluntas ex tot actibus possessorijs cōfirmatur. Deponunt enim vno veluti ore, daß sie Socero actoris gehn Stadenauw Bawholtz führen müssen / Rogati de tempore respondent, Socer habe die Güetter dahin gebraucht/ so lang jhnen gedenckt. Hæ depositiones optimæ subiectiones d. pagorum concludunt. Nam noti iuris est, præstatione & solutione census quasi possessionem subiectionis probari, maxime si hoc ex coniecturis, & qualitate personæ, cui soluitur † census, argui pos- 24 sit, quod sc. in signum subiectionis solutus sit. *c. f. & ibi Panorm. n. 4. causa poss. & proprietat. Fel. c. Bertholdus. n. 25. Re iud.* vbi plene docet, quando per solutionem cēsus inducatur subiectio. *Panor. cons. 102. n. 2. Alex. cons. 43. n. 3. vol. 1. Bald. l. plures Apoch. C. fide instrument.* vbi dicit, censum non soluere, esse speciem libertatis. Atq; hic concurrunt magnificentia castri quod sine ampla dote consistere nequit, præstatio ministeriorum & operum fabrilium, de quibus Bart. *l. Simon sortem. §. libertus. n. 21. cond. indeb.* Item nobilitas personæ, & sic per solutionem census optime subiectio probata est.

Non obstat contradictio aduersarij, d. pagos non ad Stadenauw sed ad Castrum Frōberg pertinere, quia hoc nusquam probatum est, sola † autem allegatio non sufficit, nisi pro- 25 betur quoq; allegatum. *l. 1. in pr. & ibi gl. verbo dicatur. si quadrup. paup. fecisse dicat. d. l. si prius noui op. nunc. Paris. cons. 107. n. 29. vol. 1.* Disputationem d. Castri Fronberg/ an autoritate superioris, vel per tyrannidem demolitum sit, sciens prætermitto, tum quod alij satis prolixe prosecuti sint, tum quod magis ad petitorium quam possessorium spectat. Concludo itaque satis probatum, Socerum dictos pagos possessoriè destinasse ad Castrum Stadenauw/ eoq; mortuo per apprehensionē Castri facto hominis, pagorum etiam possessionē apprehensam fuisse. *per ea quæ supra in tertio præmisso dixi.* Et ideo actori, qui Castri possessionem apprehendit, dictos pagos tanquam pertinentias d. Castri Stadenauw possessoriè restituendos iudico. Saluo. &c.

DEC. III. VOTVM X.

In Sachen Herrn Barthel Waldpergers/ *Contra* Herrn Christian zu Festeburg.

Mandati sine clausula de relaxando captiuo.

SVMMARIA.

1 *Iudici manus ligatæ sunt stante præiudicio sub & obreptionis.*

2 *Reus an sub comminatione confessatorum, vel pœna non iurantis, quæ pinguior est, respondere teneatur.*

3 *Pœna vbi partim parti, partim fisco applicatur, criminalis ne an ciuilis actio illa dicatur. & nu. 5.*

4 *Doctores intelligendi sunt secundum allegata iura.*

6 *Caussæ mandatorum omnes cum & sine clausula, quæ sunt regulariter pecuniariæ, partim fisco,*

fiſco, partim parti adiudicandæ pro ciuilib. habentur, alioquin ad Cameram non pertinerent.

7 *Actore non præſtante iuramentum calumniæ, Reus ſub pœna non iurantis cogi non poteſt.*

8 *Petitio cautionis de non offendendo in iure & facto fundata eſt.*

IN NOMINE Domini. Amen.

SVBMISSVM principaliter ſuper articulis replicis, pro Eliſione exceptionis ſub & obreptitiæ productis, medio iuramento, ſub pœna non iurantis. Item pro cautione de non offendẽdo lite pendente, & manutentione, & euentuali declaratione, ob non probatam paritionem. Submiſſionem vltimam puto prætereundam, quia † ſtante præiudicio ſub & obreptionis ligatæ ſunt, manus iudici *c. tuum. d. ord. cog. Mar. p. 4. diſt. vlt.* Secunda pendet ex prima, eaq; reſoluta pro ſe finita erit, aut ſuſpendenda erit, donec punctus iuriſdictionis noſtræ ſaltem, ſi non paritionis, finitus eſt. Nam ſi ſtatim paritionem iniungeremus, aut euentuali ſententiæ tanquam effectum ſortitæ, aut etiam purificatæ inhærere poſſimus, cautione forſan opus non eſſet. Quantum igitur ad primam ſubmiſſionem attinet, conſtat exceptionem maleficij, quæ in initio etiam in genere obiecta eſt, non attendendam, quia ex productis conſtat, quod Feſteburg non ob aliud maleficium Waldpergern einziehen laſſen/ dan dz er ſeines Schwagers Sohn/ am Kayſ. Cammergericht nicht einſtellen wöllen. Poſtea productæ exceptiones ſubreptionis, & in ſpecie id vlterius deducunt, daß er Waldperger von wegen er Feſtebürgiſche Räthe/ ahn jhrer Ehre verletzt habe/ eingezogen: In replicis tamẽ hęc ita eliſa, vt ſi probentur, Feſteburg pœnam mandati commiſerit, etiamſi ſponte & vltro dimiſiſſet captiuum, tempore quo ipſe elapſus eſt. Cum igitur hæ replicæ ſint articulatæ & medio iuramento dandorum exhibitæ, hoc ſolum dubij reſtat, an ſub comminatione cõfeſſatorũ, vel † pœna non iurantis, quæ pinguior eſt, reus reſpondere teneatur. Dubium mouet Gail. *1. d. p. p. c. 14.* vbi vult, quod quando alias extra cauſſam fractæ pacis mandata ad pœnam, partim parti, partim fiſco applicandam agitur, an actio dicatur † criminalis vel ciuilis? Et concludit criminalem. In criminalibus articuli nunquam pro confeſſis acceptantur.

2 3

De comminatione igitur dubitari poteſt. Certum enim eſt, quod hic ad pœnam mãdati, ſicque ad vindictam principaliter agit, quatenus in terminis mandati verſamur. Sed quia DD. intelligẽdi † ſunt ſecundum allegata iura. *Bart. in l. non ſolum §. liberationis. d. lib leg.* & DD. loquuntur in caſu, vbi ſoli fiſco pœna adijci petitur: alioquin † ſi partim parti, partim fiſco, mixtum aliquid criminale nullus dicet. *Maran. p. 4. d. 1. n. 72. Apoſtill. Bart. in l. 3. d. ſepulc. viol. v. pœna criminalis. gl. & DD. in §. in ſumma. inſt. d. iniur. Bolog. in l. 2. C. de edend.* Et certum eſt, quod omnes cauſſæ mandatorum † cum & ſine clauſula, quæ ſunt regulariter pecuniariæ, partim fiſco, partim parti adiudicandæ pro ciuilibus habeantur, alioqui ad Cameram non pertinerent.

4 5 6

Ideo tanquam in cauſſa ciuili pronunciarem per Gail. ob. 86. iſt D. Pfeilſtickern ſein den 29 Ianuarij beſchehen Begeren abgeſchlagen/ daß er vff articulierte replicas antworten ſoll/ ſub comminatione confeſſatorum: quia actore † non præſtante iuramentum calumniæ, Reus ſub pœna non iurantis cogi non poteſt. *c. 2. de teſt. Henning. in proceſſ. rub. 16. p. 1.* ſed iuramentum dandorum (quod pars eſt iuramenti calumniæ) præſtitum eſt, merito igitur Reus quoque medio iuramento reſpondet. *Henning. d. loco.* Quantum ad petitionem cautionis de non offendendo.

7

Licet † in iure & facto fundata ſit. *Gail. l. de p. p. c. Clarus lib. 5. ſent. §. fi. q. 47.* tamen velim præterire, ob id quod punctus competentiæ pendet. Sed volo eum weiſſen/ auff freundtliche Anruffung ꝛc. Et ſic placuit omnibus.

8

DECISIONUM, RELATIONUM, VOTORUM ET DUBIORUM CAMERÆ IMPERIALIS SYNTAGMATIS II.

DECAS IV. VOTUM I.

In Causa Fiscalis,

Contra

Abbatem deß Roten Closters & quendam Ducem.

De Matricula fisci, & collectis; & Camergerichts Unterhaltung.

SUMMARIA.

1 *Iudex potissima est pars, basis & fundamentum, dux & Imperator iudicij.*

2 *Dux, vt Princeps Imperij, habet* Außträg.

3 *Continentia caussæ diuidi non debet.*

4 *Actor non sequitur forum rei.*

5 *Fiscus non sequitur forum Rei.*

6 *Testes præsente parte aduersa produci debent, vt iurent.*

7 *Testes habiles inhabilium defectum supplent.*

8 *Vtile interdictum vti possidetis cui detur.*

9 *Solutionis tributi, collectæ vel iurium nomine recte agit Fiscus vel officialis Imperij actione in factum aduersus non soluentem, ne se in soluendo, & præstet, quæ præstanda, pacifice.*

10 *Expulso a possessione iuris incorporalis officium iudicis vel condictio ex Canon. vel lege datur.*

11 *Quæ actio competat pro iure vectigali, & alijs iurib. denegatis.*

12 *Interdictum vti possidetis tunc cessat, si quis negauerit, plane deberi collectas & habet locum vnde vi, vel actio confessoria.*

13 *Prælati habent confessoriam vtilem, cum non sint domini, nisi nomine Ecclesiæ eam intendant.*

14 *Matricula habet pro se præsumptionem & probat.*

15 *Præsumptio matriculæ tanti est roboris, quod qui eã habet pro se, releuetur ab onere probandi.*

16 *Cõtra præsumptionem matriculæ non admittitur aliqua consuetudo siue præsumptio, nisi sit inducta à tanto tẽpore, cuius initij memoria non extat.*

17 *Libris collectariorum publica auctoritate electorum creditur.*

18 *Idem est de libris gabellariorum.*

19 *Libri exactorum tributorum probant.*

20 *Regiſtra, si bene sunt custodita, & inueniantur in archiuis authenticarum personarum, fidẽ faciunt.*

21 *Scriptura priuata non creditur.*

22 *Diuturnitas temporis facit actum solenniter celebratum.*

23 *Scriptura, si sumpta sit ex archiuo publico, subsignata à custode archiui, plenam facit fidem.*

24 *Scriptura deputata ad locum publicum, plene probat.*

25 *Registris Fiscalis fides adhiberi debet, nec opus est ad omnes caussas, vt repetat, tametsi nullæ rationes in Protocollo asscriptæ reperiantur.*

26 *Quod communiter prodest, omnibus præfertur commodis priuatorum.*

27 *Instrumentis & monumentis publicis plus creditur, quam testibus, in antiquo facto.*

28 *Præscriptio non currit contra publicas functiones.*

29 *Præscriptio nõ currit contra vtilitatem publicam.*

30 *Functiones publicæ non præscribũtur, nisi mediante titulo a fisco concesso.*

31 *Præscriptio de iure cõmuni in collectis & tributis non currit.*

32 *Dominium rei patrimonialis præscribitur, nõ tamen solutio Canonis, vel tributi.*

33 *Præscriptio per extraiudicialẽ quæstoris Imperij interpellationem, & per multiplices Fiscalis citationes & iudiciarios processus interrumpitur.*

34 *Consuetudo collectandi contra Imperium introducta non valet.*

35 *Priuilegium contra publicas functiones non valet.*

36 *Collectas soluere tenetur etiam is, qui habet priuilegium à Principe.*

37 *Seruitia & onera à potẽtioribus imposita præsumuntur vi extorta.*

38 *Possessio vi, clam vel precario obtenta nõ prodest.*

39 *Solutio onerum coacta immunitatem non tollit.*

40 Cur-

IN NOMINE Domini. Amen.

PROCESSVM hunc à nullitate defendi putat. Etsi enim primo intuitu Cameræ iurisdictio non videtur competere, (quod insanabilis & irreparabilis defectus reputetur. *Vant. de nullitat. ex defectu iurisd. n. 6.* cum iudex potissima sit † pars, basis & fundamentum, Dux & Imperator iudicij, *Bal. l. in rubr. C. si à non cõpet. iudic.*) quod Dux vt † Princeps Imperij habet Außträg / & Abbas habet superiorem: tamen dicit eos propter continentiam † caussæ, quæ non debet diuidi. *l. nulli & ibi Zas. nu. 7. & Alberic. de Rosat. nu. 2. C. de iudicijs: l. separatim. §. 1. de app.* recte hic conueniri potuisse. 1 2 3

Deinde iudex fisci est iudex Rei. Nam fiscus agit coram suo iudice, licet non sit iudex rei, & sic † actor nõ sequitur forũ rei. *l. 1. & 2. C. vbi caussæ fisc. Castr. in l. si in te. ibi recenset priuilegia fisci. C. de priuil. fisci, text. est in l. 3. C. quando fisc. vel priua.* Et † fiscus agens forum rei non sequitur, sed iudex ipsius fisci de caussa cognoscit *l. 1. C. de repud. hered. l. 3. de his quibus vt indig. Bart. Socin. regula 10. fallent. Spec. in f. de compet. indic. adit. §. generaliter. num. 1. & seq. Mar. Socin. in c. cum sit generale à n. 8. vsq. ad 18. de foro comp. Ord. Cam. c. 20. p. 2.* nostram iurisdictionem fundat. 4 5

Altera nullitas, quod testes absente fiscali fuerant examinati, & quod subditis iuramentum non sit relaxatum, &c. Sic defendi posse videtur, nempe † quod tametsi testes præsente parte aduersa produci debeant, vt iurent. *c. in nomine domini, & ibi gl. vlt. de testib.* Sufficit tamen si iurent altera parte citata, licet sit absens per cõtumaciam *d. c. 2. de testibus. l. si quãdo. C.* 6

do. C. de test. Deinde relaxatio non ita videtur magnopere necessaria, cum testes & ab altera parte producti, debeant iurare ꝙ dicent veritatem. *Henning. consi. 48. n. 22.* nec prece, nec amore, nec dolo negabunt. *l. iurisiur. & ibi gl. C. de test.* & sic vigor huius iuramenti, tam pro actore, quam pro reo deponere debeantur. *gl. in c. cum nuncius de test. & ibi Panor. n. 2.* Deinde attestationes etiã hoc saluat, quod nonnulli sunt testes, qui iuramento non sunt obstricti, 7 ideoq; nõ opus habuerint relaxatione, & sic † habiles testes inhabilium defectum supplent, *Hyppol. sing. 154.* & sibi imputet fiscalis, quod non comparuerit.

De Actione.

8 DE iure cõmuni † actũ videtur vtili interdicto vti possidetis. Vbiq; n. in actis & ꝑsertim in responsione ad 20 art. defens. iactitat imperiũ fuisse in possessione collectãdi, & ipsa etiã inscriptio in matriculã, possessionẽ ꝓbat, *vt infra latius.* & datur etiam ei, qui ciuiliter tm̃ possidet, *Rofred. in rubr. C. vnde vi. & Mar. vti possid.* vel actione in factum subrogata in locũ 9. eius, quæ † datur, si quis nomine solutionis tributi, collectæ vel iurium debitorũ fiscũ vel officialem imperij inquierat, seu turbat in soluendo illi, nec præstando sibi pacifice, & agitur, ne ipsum turbet, & vt soluat in futurum. *Spec. in tit. de causa possess. & propriet. n. 12. & seq.* Item expulso à possessione iuris incorporalis 10 datur etiam officium † iudicis vel condictio ex Canon. vel lege. *Ferrar. in form. libell. in caussa spol. poss. §. coram vobis. nu. 11. Bart. in l. 1. §. 1. vti possid.* De hoc officio iudicis scribit Chass. *in consuet. Burg. tit. des enfans de plusieurs lites. §. 4. vers. entre gens nobles. n. 15. fol. 214.*

Quia tamen petitio libelli magis petitoriã, quam possessoriam respicit, dicendum potius confessoria, quam vti possid. vtili actum, quæ 11 † competit pro iure vectigali & alijs iuribus denegatis. *notat Bart. in l publicanus. §. in omnib. vectigalibus. n. 3. de public. vectig. & ibi additio in verb possum petere.* Item interdictum vti possidetis ob id non putat competere, quod si qs 12 † negauerit, plane deberi collectas, tunc cessat hoc interdictum, & habet locum vnde vi vel actio confessoria. *Rofred. d. loco Innoc. in c. cum venerabilis. n. 2. de religio. dom. Ferrar. in form. libell. in actio confess. pro seruitut. §. corã vobis. n. 2.* 13 Sicut autem pro iure Ecclesiæ † prælati habẽt confessoriam vtilem, cum non sint domini, nisi nomine Ecclesiæ eam intendant. *Ioann. Fabri in §. æq. ad §. de actio.* ita & fiscus videtur habere nomine imperij.

Verum licet nulla harum competeret fiscali, tamen haberet actionem ex Const. Imperij vel recessu Augustano de Anno 48. §. etliche andere fol. 18. b. Tom. 2.

An intentio fiscalis sit probata?

CEnset optime probatam per matriculam imperij, & Registra der Anschläg à centũ ab hinc annis, in singulis Comitijs imperij factis. Quæ inscriptio siue immatriculatio per Reum est confessata per responsionem ad 1. posit. Quod autem matricula † habeat præ- 14 sumptionem pro se, probat text. *in l. petitionem. C. de aduoc. diuers. iudic.* quod adhoc allegat Bart. *in l. matriculam. n. 4. C. de agent. in reb. lib. 12. Dec. in l. pen. C. de testam. milit. Alciat. in reg. 3. præsumpt. 17. Herculanus in tr. qui teneantur probare negatiuam. n. 169. Ioan. de platea & Iacob. Rebuff. in d. l. matriculam. Idem tenet Bald. in l. scriniarios. n. 1. C. de mil. test. & in d. l petitionem.* Et Ang. *in d. l. scriniarios* dicit, quod non matriculatus reputetur priuatus, igitur argumẽto à contrario, quoniã matriculatus reputetur talis, vt sunt alij immatriculati. Addit Ias. *in l. Barbatios. n. 56. de off. præto.* vbi dicit, quod matricula inducat præsumptionem & incorporationem & inuestituram. Hancq; veram & communem esse opinionem dd. (etsi Ioann. Andr. *in addit. ad Spec. in tit. de instrum. edit. §. restat* cõtrarium teneat: Idem tenet Bald. *in l. 2. n. 11. de sent. & interloc. om. iud. Dec. in c. 1. n. 18. de fid. instru. Angl. cõs. 190. n. 3. Camillus Plantius in d. l. Barbatius. n. 171.* vbi etiã dicit hãc communẽ esse sententiã. Et hęc pręsumptio nõ est † tanti 15 roboris, ꝙ qui eam habet pro se, releuetur ab onere probandi. *Ioan. Bapt. Bran. in tr. de statut. præscript. gl. 24. n. 2.* Idem tenet *art. 13.* Nec contra hanc præsumptionem † admittitur ali- 16 qua consuetudo, siue præsumptio, nisi sit inducta à tanto tempore, cuius initij memoria non exstat. *Paris. consi. 25. n. 23 lib. 4.* Item non admittitur probatio in contrarium. *Crauet. de antiq. temp. in 4. p. §. materia ista. n. 13.* Quod libris † collectariorum publica autoritate ele- 17 ctorum ad exigendũ collectas credatur, tradit Bart. *in l. argentarius in pr. ff. de edend.* Idem est de libris † gabellariorum, vt not. Bald. *in l. quedam. §. nummularios. ff. eod. Bertach. in tr. de ga-* 18 *bellis in 4. p. n. 3.* Quod libri † exactorum tri- 19 butorum probent, tradit latè Hennig. *cõs. 10.* ꝙ est aliâs primum tit. de tributis. *n. 12.* Registra si sunt bene custodita, & inueniuntur in archiuis authenticarum personarum, puta earum, 20 quæ habent potestatem scripturas authenticas faciendi, fidem facere tradit Innoc. *in c. 1. n. 1. ad fin. de procurat.*

Accedit, quod licet huic extracto matriculæ alioquin, tanquam priuatæ † scripturæ non 21 crederetur. *l. comparitiones. C. de fide instrument. Spec. in §. restat videre. quib. instru. fides adhibeatur. n. 32.* tamen si sit, vel vetus scriptura (vt est nostra matricula, quæ habetur in cancellaria) facit præsumptionem vel semiplenam probationem. *Spec. d. t. §. nunc vidend. n. 5.* Et temporis † diuturnitas facit actum (& sic hic 22 matriculam) solenniter celebratum. *leg. si filius.*

lius. C. de petit. hered. l. qui in aliena. §. sed si adie- rit de acquir hered. Rom. cons. 275. n. 3. Guid. Pap. sing. 197. sic etiam §. quod antiquitas sit titulus legitimus, Crau. in d. tr. p. 4. vers. materia ista. n. 2. vel si sit scriptura sumpta † ex archiuo publico, subsignata à custode Archiui. *Hieron. de Monte in tr. fin. reg. c. 62. n. 3.* prout hic factum est per Cancellarium Moguntinum, penes quem Imperij matricula habetur, plenam facit fidem, licet ille non esset notarius, *in auth. ad hac de fide instrument. C. gl. in c. cum causam de probat. & ibi Felin. n. 7. Bart. in auth. si quis. C. qui pot. in pig. hab. text. est in c. ad audientiam, & ibi dd. de praescript.* Quod † scriptura deputata ad locum publicum plene probat, notat Canon. *in d. c. ad audientiam de praescript. Felin. in c. 2. n. 9. eod.*

Hinc factum existimat, quod 7 Octobris Anno 1550 senatusconsultum in Camera sit factum, & in pleno senatu conclusum, † quod registris fiscalis fides adhiberi debeat, nec opus sit ad omnes causas, vt repetat, tametsi nullae rationes in Protocollo asscriptae reperiantur. A quo concluso non facile recedendum, praesertim cum respiciat publicam vtilitatem. Nam quod communiter prodest, omnib. praefertur commodis priuatorum. *Ias. in d. l. Barbatius. n. 26. de offic. praetor.* Facit, quod in omni facto antiquo vel de longinquo magis creditur instrumentis † & monumentis publicis, quàm testib. *l. census de probat. & Bald. in l. si alterius. C. si min. se maior. dix. n. 5. Abb. in d. c. ad audientiam. n. 6. de praescript.*

Ad fiscalis quoq; intentionem fundandam facit, quod de † iure praescriptio (de qua in eius art. def.) contra functiones publicas non currat. *l. competit. C. de praescript. 30 vel 40 ann. & ibi Bart. Bald. Salic. & Angel. & in l. iubemus. n. 1. C. de fund. patrim. lib. 11. Abbas in d. c. ad audientiam. n. 6. & 19. de praescript.* Quod in rebus concernentibus statum imperij, vel superioritatem, vel tributorum rationem non currat praescriptio temporis cuiuscunq; traditur per Guid. Pap. *q. 416. & ibi apost. & text. in c. caussa &c. & officij. & c. cum non liceat. de praescript. Tomatus in tr. de collectis. §. ex actis Ecclesiasticis. n. 28. fol. 321.* scribit praescriptionem non habere locum aduersus debitū Canonicum. Ita etiam in debito collectae, cum hodie debeant prout Canon. Praescriptio † circa illa, quae sunt contra vtilitatē publicam, non valet. *Abb. in c. extirpandae. §. qui vero. n. 27. de praeben. Tunc Panor. in d. c. cum non liceat. n. 1. & 13. quē sequitur Felin. Mandel. cons. 62. n. 35. & cons. 64. n. 91. Henric. Boick. in c. si diligenti. n. 51. de praescript.* vbi pulchram tradit distinctionē, & ante ipsum Castr. *in l. iam pridem. C. cōmunia de vsucap. Petr. de Vbal. d. in rep. d. c. si diligenti in 7. requisito ibi septimo quaeritur. col. 36. fol. 167. b.*

Item functiones † publicae non praescribuntur, nisi mediante titulo à fisco concesso, *per ea quae allegat Io. Galli. q. 360. ibi sexto in libro, qui inscribitur Stylus Barlamenti Parisiens.* Quod praescriptio † de iure communi in collectis & tributis non currat, tenet Francis. Curt. Iun. *cons. 174. n. 16.* Et licet praescribatur † dominium rei patrimonialis, non tamen solutio Canonis vel tributi, Iacob Rebuff. *in l. f. fine in l. iubemus. n. 5. C. de fund. patrimonialib. 11. lib.* Idem tenet Io. de Platea *in d. l. fol. 103. b. Odefred. in l. mesalarij. n. 1 & 3. C. de metall. Bald. in tr. praescripto n. 1. p. sexte & vltime partis prin. ibi quintus casus est in tributis. Angl. Aret. in §. res fisci. n. 1. de vsucap. in instit. & Celsus Hugo in addit. ad Rebuff. in l. si quis decurio. C. de decur. lib. 10. Ferrar. in form. libelli in actio. confess. pro seruitutib. §. plenam. n. 19.*

Et posito praescriptionem locum habere, & contra imperium praescriptionem coeptam esse, tamen ea per extraiudicialem quaestoris † imperij interpellationem, & per multiplices fiscalis citationes, & iudiciarios processus interrupta esset, *l. omnes. l. sicut. d. l. cum notissimi. C. de praescript. 30. vel 40. ann.*

Inuenitur n. hoc monasterium inter Anschläg in Comitijs imperij. Anno. 1467. factas & sic successiue in singulis Comitijs. Et dubium non est, quin quaestor imperij semper exegerit contributiones & collectas illas, licet frustra. Et idem de consuetudine & priuilegio quod de praescriptione dicēdum est. Nam posito † cōsuetudinem collectandi introductam esse per Ducem: tamē quādo ea est & ius publicū reprobatur, *per ea quae allegat Aegid. Tom. in tr. de collectis. §. exactis, de Ecclesiasticis personis. n. 2. vsq; ad n. 25.* & priuilegium † cōtra publicas functiones non valet, *Idem in §. nobilitas. n. 18. & seq. fol. 568.* Quod autem † collectas soluere teneatur etiam is, qui habet priuilegium à principe ne teneantur, est text. *in l. omnium & ibi Bald. & Salic. & l. quicquid 12. & ibi Salic. C. de vectig. & commiss. & in l. in fraudem 6. & ibi Bart. C. de anno. & trib. lib. 4. Bertach. in tr. de gabell. in p. 7. n. 4.* Nec contributio à Duce facta & seruitia praestita imperio praeiudicant, quod seruitia † & onera à potentiorib. imposita praesumuntur vi & metu extorta, *secundum ea quae allegauit in caussa Hartgavv contra Hanavv.* Et possessio vi clam † vel precario obtenta non prodest. *Ferrar. in form. libelli proturbata poss. §. hodie. num. 4.* Et solutio † onerum coacta aut violenta, concessam iam immunitatem, vel aliud ius non tollit. *Rom. cons. 252. n. 5. Bart. in l. si alienam in pr. sol. matr.* Veruntamen longissimi temporis cursu purgatum censebitur † quicquid erit vitij in ea re mala fide & vi possessa, *text. est in l. f. C. vnde vi & ibi Bart.*

Postremò aduersarij ipsi suo iuri in eo tacite renun-

41 renunciarunt, quod ab inscriptione† in matriculam non appellarũt. Si enim quis habet exemptionem & immunitatem à datijs de collectis, deinde scribatur in librum debẽtium soluere datia, collectas & alia grauamina, ꝙ si postea conueniatur vt soluat, non sufficit sibi priuilegium immunitatis allegare, excipiẽdo, vel excusando se, quod non debeat soluere ꝑpter immunitatis beneficium. Imo in cõtinenti, cũ
42 scit se scriptum, † vel aliter vocatũ ad munera soluenda, debet appellare intra 10. dies, alijs elapsis 10. diebus, præiudicat sibi *Alex. cons. 136. nu. 11. vol. 2. Mar. in spec. in 6. p. t. de appel. n. 314. text. & ibi gl. in V. interposuerit. in l. 1. §. alia caussa. ff. quãdo appel. text. in l. 1. C. queãd. ciuil. mun. induc. lib. 10. & tex. in l. 1. de vacat. mun. Cano. cõmuniter in c. cũ accessissent de constit. Lodouic. Gozad. cons. 23. n. 4.* vbi dicitur, ꝙ oẽs dd. hanc opinionẽ sequãtur. *Ioan. de platea in l. ꝗ publici. C. de his ꝗ spont. mun. suscep. lib. 10. Ias. in l. beneficiũ. n. 59. de const. pr. Nicol. Euerh. cõs. 21. n. 30. Schurff. cõs. 59. n. 32. cent. 1.* Sed hic non cõstat, per reos vllo vnquam tempore appellatum esse, Ergo &c.

Item reos per quæstionem interpellatos nũ-
43 quam protestatos fuisse, ꝙ † facere debuerant
44 *Gozad. d. cons. n. 6.* Et hoc casu † taciturnitas ꝓ consensu habetur in præiudicialib. *Philip. Frãc. in reg. 43. in pr. de reg. iur. in 6.* Ex quibus omnibus concludit, intentionem fiscalis esse fundatam. Si enim is, qui vel minimam regulam iu-
45 ris pro se habet, dicitur † habere fundatam intentionem, *l. ab ea parte de probat. Bart. & Ias. in l. 2. si quis in ius voc. non ierit:* multo magis fiscalis in nostro casu, vbi optima habet fundamenta, rationes & iura.

An Elisa sit intentio fiscalis per Reorum defensiones.

PRimo, Dux pro defensione allegat inuestituram Ducatus Q. & R. quod probat per instrumentũ inuestiturarum Impp. & Regum
46 Rom. Quod autẽ ita possit ꝓbari † inuestitura tradit inter alios Ferrari⁹ Mõta. *c. 1. fol. 127. lib. 3. de vsib. feudorum.* Et per inuestituram (intelligit veram vel propriam) cõsequitur quis nõ
47 solum † possessionem in infeudatis *Praeposit. tit. quibus mod. feud. constitui poss. c. sciendum. nu. 2. text. est in c. 1. & ibi Affl. n. 1. quid sit inuestit.* veram etiam dominiũ vtile, directo tantũ penes dominiũ remanẽte. Vnde & fructus percipit, & vtilẽ rei vendicationẽ cõtra quemlibet possidẽtem, etiam dñm habet. *Azo in summa quib. mod. feud. acq. rubr. quod commodum habeat Va-*
48 *sall. per inuestit.* Quod inuestitus † de feudo eo debeat iure tenere, quo & is, [illegible] inuestiuit, tradit etiam Andr. Isern. *in c. eti[illegible] sciend. de not. feud. n. 2. Aluarot. in tit. de not. feud. §. item nu. 3.*

Vidend. an monasterium litigiosum sit situm in Ducatu Q. vel in Ducis territorio. Id probant 5. 6. & 10. testes ad *2. art.* Vnde putat recte argumentũ duci posse à toto ad partem. Plus n. cõplectitur in se minus, & in toto insunt partes. *l. si quis cum totum, de except. rei iudic. gl. & DD. in c. si diligenti, de præscript. c. fin. de offic. ord.* Abbas *in d. c. si diligenti, & ibi Hostiens. nu. 2.* dicit, ꝙ hac ratione cõmuniter dñi temporales fundãt intentionẽ suam, quoad res sitas intra limites, & terminos † suæ ter- 49
ræ, saltẽ quoad iurisdictionẽ, sed nõ quoad dominium eorũ particulariũ, *pulchre Chas. in consuet. Burg. tit. des mains mortes. §. 4. in pr. n. 2. vsque ad 9. fol. 304.* vbi dicit, ꝙ illud, ꝙ est intra fines alterius territorij, ꝓsumitur esse de finib⁹ illius territorij, cui⁹ sunt fines. Concessio facta † de 50
territorio, iurib. & ꝑtinentijs cõprehendit omnia existẽtia in d. territorio & intra fines. *Paris. cõs. 27. n. 14.* Et licet ꝑ testes nihil ꝓbaretur, tñ exercitium iurisdictionis (quã eo loci vltra hominũ memoriã ducem vsurpasse testes asserũt) faceret præsumi, ꝙ de territorio esset. Nã
† territorium ꝑ actus iurisdictionales designat̃ 51
Hierony. de Mõte, in d. tr. f. reg. c. 6. nu. 10. Et inde dicitur † territoriũ eo, ꝙ magistrat⁹ ei loci in- 52
tra eos fines terrẽdi ius habeat. *gl. pen. in c. fin. de cõstit. in 6. l. pupillus. §. territoriũ, de verb. sig. Bald. pulchre in l. data opera. nu. 28. C. ꝗ accus. non poss.* Probat̃, (inquit) ꝙ † vna terra sit de territorio 53
alicui⁹ dominij, si testes dicãt, ꝙ ibi viderint malefactores capere, vel viderint homines ei⁹ loci obedire, itẽ subire onera, vel soluere collectas. Quod † iurisdictio videt̃ cõcessa territo- 54
rio cõcesso, vt apud quẽ sit territoriũ, apud eũdem & sic iurisdictio. *Bart. in l. 1. n. 16. de iurisd. om. iud. & ibi Alex. n. 33. & Ias. n. 12. Affl. decis. 77. n. 4. Alex. cons. 42. n. 3. vol. 1. text. est in §. si quis igitur ex qualibet auth. ꝗb. med. mut. effectui, & ibi gl. in verb. ꝓsoluit. Pulchre Bald. cõs. 420. n. 1. vol. 1.* Et scribit Alex. *cons. 23. n. 3. vol. 5.* ꝙ si probetur, quẽ exercuisse iurisdictionẽ † in homines, & 55
imposuisse eis onera, & ab ijs exegisse, & quod homines alicuius terræ obediant alicui, ꝑ tales actus probatur, ꝙ illa terra est de territorio, & pertinentib. alterius. Sic etiã dicitur, vt subdit⁹ alicui principi, castro vel ciuitati dicat̃, necesse est, vt ꝓbetur eũ seruitia, cẽsus, tributa, collectas, ꝓstitisse & ꝑsoluisse. Et ꝓstatio † seruitiorũ 56
ꝓbat cõcessionem, etiã ꝙ nõ appareat scriptura, maximẽ si talis possessio esset antiquissima. *P. Paris. de cons. 27. n. 22. & seq.* Itẽ ꝙ ista sint mãdata & exacta legitimo tẽpore, pacificẽ & bona fide, itẽ ꝙ ꝑceptis huiusmodi obeditũ & paritũ sit. *text. est in c. 1. & c. 4. de censib. c. recepimus de priuil. d. l. 3. ibi Bald. nu. 1. C. de natur. lib. & ibi additio in verbis qualiter ꝓbetur. Addit Schurff. cons. 62. n. 1. cẽt. 1. Chas. in cõsuet. Burg. in tit. des iustices. §. 1. in text. ibi an territorie. n. 10. 11. & 12. Innoc. in c. olim. la. 2. n. 1. de rest. spol. Bald. in l. solet. §. fin. 3. n. de off. ꝓcons.* Ac ꝑ oẽs testes reorũ ad 4. 5. 6. 7. & 8. art. defens. ꝓbatum esse, Abbatẽ R. cũ cæteris subditis ad conuentus prouinciales,

Aa quo-

quotiescunq; à Duce fuerit requisitus, cõparuisse, seruitia, cẽsus, tributa, & collectas semper Duci, & non imperio, quantum prẹstitisse, & persoluisse. Et addũt testes depositioni suæ, quod nunquam viderint, neq; audierint ipsi, neq; audierunt, alios vidisse vel audiuisse, aliter fuisse factum, per quem modum † tempus immemoriale probatur, *vt tradit Crauetta in 4. p. de antiq. temp. §. materia ista. n. 38.* Et † iniquũ foret, quod quis pro eadem re onere duplici grauaretur. *l. nanis la 1. § cum autẽ ad l. Rhod. gl. est in l. si cum dotem. §. si pater in verb. tantum. ff. sol. matr. l. Titia. 34. §. ff. qui inuita de legat. 2.* infert ex prædictis, Abbatem nunquam imperio immediate fuisse subiectum.

Et posito, quod fuisset aliquando membrũ vel status imperij, tamen Dux præscripsisse se dicit, præsertim in 19 art. defens. quod argumentũ ille propter crebrã fiscalis interpellationem & interruptionẽ, nõ propter diuersas dd. in hoc puncto iuris opiniones, tũ etiam, ꝙ in nostra causa non opus fuit præscriptione, non vrgebit, licet optimis argumentis etiã defendi posset, ꝑscriptionẽ contra ea, quæ s̃ pro fisco adducta, imo cõtra quis iura † imperij, & contra supremã imperatoris potestatẽ habere locũ putat. Pro qua parte allegat Crauetta *in 4 p. de antiq. tẽp sectione materia ista n. 73.* vbi dicit, magis communẽ esse opinionẽ dd, *addit ad Cap. Toloss. decis 345. Schurff. cons. 90. n. 48. cent. 3. & cons. 43. n. 4. ead. cent. & cons. 87. n. 2. cent. 2. Henning. cons. 3. in f. ꝙ est alius. cons. 2. tit. de auri & argẽt. fodinis. n. 10. & vlt. Bald. in tr. præscriptio in 4. p. pr. q. 1. n. 17. Panor. cons. 82. n. 1. vol. 1. Crau. cons. 54. n. 8. p. 1. Boer. q̃st. 39. n. 11. & seq. & quæst. 32. n. 6. & seq. & q. 264. in 21. & 19. Corsat. sing. in verb. ꝑscriptio fol 182. Menoch. n. 15. remedio recuperandæ possessionis. n. 428. fol. 281. Curt. Iun. cons. 158. n 16. Didac. in c. possessor. 2. p. §. 3. n. 1. de reg. iur. in 6. Idẽ Menoch. respons. 2. n. 73. in causa Finariensi. Philip. pb. in addit. ad Ioã. Mona. in c. Epis. n. 23. & seq. de ꝑscript. in 6. Ferrar. in act. form. libel. confess. ꝑ seruit. §. plenã. n. 17. & seq. Chass. in cõsuet. Burg. tit. des mains mortes. rub. 9. §. 4. in pr. n. 11.*

Posito autẽ casu quod præscriptio ab hinc 100 annis retro fuisset cœpta, eaq; postea per citationem fuisset interrupta, tñ id reis nõ noceret, cũ ex chirographo Ducis de dato anno 1433. litera E. & instrumento siue scriptura de dato 1369. litera H. signata, constet, ius Ducis longe vetustius esse, quàm interpellationem fiscalis, hoc est, Ducem in quieta possessione fuisse, antequam imperiũ aliquid prętenderet, vel fiscalis pro solutione collectarum instaret. Etenim iuris, ꝙ interruptio † post completam præscriptionem non potest lædere ius ex præscriptione iam quæsitum: & vt valeat oportet, quod fiat intra tempus præscriptionis. Et prę-scriptio seu † consuetudo iam completa non tollitur, licet bis vel semel fiat contrarium. *Spec. in t. de præscript. §. 1. n. 20. vers. quid si post completum, text. est in l. si vnus. §. sed si pactum de pact. Abb. in c. auditis. n. 10. & seq. de præscript.* & pro antiquiori † possessione semper præsumendum vt dixit in causa Comberg/contra die drey Stätt/ Hall/ Dünckelspiel vnnd Rottenburg/ & sic non opus fuit præscriptione. Nec hic requiritur, ꝙ Dux doceat de cõtinua possessione, vel etiam de eius initio, ꝙ in tali † cõsuetudine temporis, cuius initij memoria non extat, in contrariũ non est necesse q̃rere de actib. à qb. origo habuit talis consuetudo, vel tale ius, ꝙ id esset impossibile. *Oldrad. cõs. 244. n. 13.* sed sufficit probare actus, in quib. per hominum memoriam ita fuit obseruatũ (vt in nostra causa fit) & quidem non plures actus, q̃ sufficiunt ad cõsuetudinẽ inducendã. *Crauet. in d. tr. p. 4. §. nostra. n. 23.* Præterea ex alio fundamento probat, ꝙ non opus fuerit ꝑscriptione, ideoq; nõ interruptã. Nam non est dare priuationẽ, vel nõ sequitur priuatio † si non ꝓcedat habitus, *vt probatur in l. manumissiones de iust. & iur.* vbi manumissio nõ potuit esse de iure naturali, cũ seruitus eo iure fuerit incognita, & liberatio † non potuit esse, si prius nõ fuit obligatio. *l. decim. 116. vbi Bartol. in pr. de verb. obl. Bellon. in tr. de argumentis. ff. c. 12. in argumento a priuatione ad habitũ. Nic. Euerh. in locis argumentorum in loco a priuatione ad habitum. fol. 116.* Sic etiam dicitur, quod non † desinat, ꝙ nunquam fuit. *c. ad dissoluend. de despons. impubl. Balb. in tr. de præscript. in 1. p. vltima. p. in pr. n. 1.* Ita etiam dicendum est, quod interrumpi non potuerit, ꝙ nunquam cœptum est præscribi. Postremo vltra iam allegata argumẽta & iura ipsa imperij constitutio. anno 1548. in Comitijs Augustanis facta reos defendit his verbis, hat aber der außgezogẽ/ob er gleich in des Reichs Anschlägen begrieffen/dem Reich weder vor oder hernach nie nichts gelaist/ derselbig soll dem Gewinnenden/ sonder alle Beschwerden zustehen/ dieweil solcher Gewinnender mehrers oder weiters nichts/ dann was er zuuor gehabt/ bekommen vnnd erhalten. Quod autem per d. Abbatem imperio nullæ fuerint collectæ solutæ abunde per testes reorũ ad 16 & 17. defens. probatum est. Ita enim probantur isti negatiui † articuli, si testes dicant, se maiores 50 annis, & quod semper ita viderint, & audierint, & non audiuerunt vnquã dici contrarium (prout dicunt nostri) & ꝙ est & semper fuit cõmunis opinio, vox & fama, per publicam † vocem & famã in antiquis probatur negatiua, *Alex. cõs. 90. n. 7. vol. 6.* ꝙ sic fuit & est, & quod non extat memoria in contrarium. *Paris. cons. 104. n. 121. vol. 1. & n. 23. & cons. 117. eod. vol. gl. & DD. in c. 1. de præscript. in 6.* Item ꝙ collectæ nõ fuerint solutæ imperio probatur probãdo, quod Duci collectæ sint solutæ, vt deponunt nostri testes, probando enim quod scil. res aliter habetur,

betur, probatur res se non ita habere. *Alex. cõs. 168. in pr. n. 2. vol. 5. & Paris. cons. 75. vol. 1.* & probando, quod † quis iurisdictionem habet, probat, quod alius non habet. *Alex. cons. 42. inf. lib. 1.* Item ex quo † ius ad aliam pertinet ad me non pertinere probatur. *ita Decius cõs. 271. n. 3.*

69 70

Concludit igitur per supra dd. intentionem fiscalis elisam, reosq; de iure cõmuni, & etiam de iure constitutionis Imperij absoluendos. Compensatis expensis. Hoc enim speciale est in fisco, vt cadens † causa non teneatur expensas soluere, nisi fuisset in euidenti calumnia, *Ioan. Gail. q. 360. ibi & ibi Car. Molin. Multa Boer. q. 324. num. 1. Bald. in lib. 2. C. qui accus. non poss.*

71

Solutio Contrariorum.

72 ET primum non obstat matricula Imperij quæ si per omnia valida, indubitata & fide digna esset, Imp. & status facultatem contrarium probandi non cõcessissent, his verbis, wie sich nach Gelegenheit der Sachen aus den actis befinden wirdt / daß einer sein Hülff in das Reich zu thun nicht schüldig sey / soll Cammer-Richter vnd Beysitzer auß Weissung gemeiner Recht / zuerkennen vnnd endtlich zu sprechen haben / im Abschiedt zu Augspurg / Anno 1548. §. vnnd soll vnser ꝛc. Tom. 2. fol. 10. pag. 2. Deinde quod parum fidei huic † matriculæ ipse Imperator & statˀ attribuerunt, demonstrat in eodẽ recessu, dieweil auch etliche Stände / in die Reichs Anschläge kommen seind / aber zweiffelich ist / ob dieselb gewiß seyn möchten oder nit ꝛc.

73

Quod cum ita sit, non necesse est, vt multis hic disseram, quantum hæc de iure communi valere possit. Ego tamen, si mihi aliquid de eius † viribus esset dicendum, multa in ea desiderarem.

74

Et primum ne dicam iam, quod multa sunt iura in contrarium. Quod matricula non probet text. est *in l. scriniarios. & ibi dd. C. de test. milit. Ioan. Andr. ad Spec. in t. de instr. edit. §. restat. Bald. in l. si cum dies. §. si arbiter. n. 3. de probat. Ias. in l. Barbarius. n. 56. de off. prætor. & ibi Camill. Plant. n. 171. & seq.* Salic. *in d. l. scriniarios. n. 2.* scribit, quod ex eo, quod quis est descriptus in matricula, vt talis, si reperitur non etiam talis, qualis descriptio ei non prodest. Hæc ille. Et conditio ibi allegat P. Castr. hic, qui tenet, quod non sufficit producere matriculam, in qua quis reperitur descriptus, quod inquit multi possunt inscribi, & tamen non sunt. Quod dictũ Pauli de Castro, inquit, procedit, si constat, quod non est, alias præsumitur matricula, sicut præsumitur pro æstimo. Sic etiam per æstimum † siue Catastrum non probatur, neq; dominium, neq; possessio, *Bart. Bald. post Guilhel. de certi. in l. solennibus. C. de rei vend. Bern. Bald. in l. si pater. C. de actio. empt. vbi Bart. & alij sedes ordinaria, in l. censualis. C. de don. & in d. l. solennib. Bald. in cons. 1. per tot. vol. 5. Fel. in c. ad audientiam. n. 16. de præscript. Alciat. cõcordat has opiniones contrarias in d. 3. regula præsumpt. 17. n. 5. Anto. de Butrio distinguit in l. 1. de constit.*

75

Et primum, inquam, in hac matricula desidero, quod fiscalis non docuit vel probauit, ꝙ matricula, cui ipse innititur sit authentica †, & publica authoritate confecta, de quib. requisitis, quod sit authentica scribit Innoc. *in c. 1. n. 1. de fid. instrum.* Ideoq; illi plenam fidem tribuere non possum, cum solis † publicis, vel alio modo authenticatis scripturis & instrumentis credi debeat. *Spec. in t. de instrument. edit. §. restat videre quibus instrument. in pr. sic Innoc. in c. 1. de procur.* Idem Spec. requirit, ꝙ adhibeatur notarius & testes *in d. loco. n. 32.* Item † requiritur, quod matricula solenniter sit scripta. Nam propter vilem † & immundam chartam scriptura est suspecta. Et alia requisita tradit Felin. *in c. scripturam. n. 19. de fid. instrument.* Quod † in historijs, scripturis, folijs seu chartulis non credatur, licet alijs libris mercatorum, siue testib. credatur, tradit Stracha, *in tr. de mercatura. n. 54. fol. 74.* quanto † magis matriculæ, quæ solenniter non est confecta, vel extracto vnius folij fides non est adhibenda. Solennitates † tradit Ioan. de Platea, *in l. ad inferiorem. C. de apoch. per tot. fere Felin. in c. 1. n. 2. & seq. de fide instrument.* sic etiam † solius iudicis verbis non creditur, aut nec solius verbis notarij. *Hostiens. in summa. tit. de pb. n. 5. & Spec. d. t. de instrum. edit. §. ostenso. n. 22.* Videtur igitur, quod tota matricula fuerit edenda adhoc, quod probare debuisset. Nec † enim videtur edidisse, qui totum non edidit. *l. 1. §. pen. de edend. Spec. d. t. §. dicto de impugnatione testament. n. 6.* Et scribit Abbas *in c. ex Epistolæ. n. 32. & prob.* ꝙ originale debet ostendi iudici vt videatur, & quicũq; à fisco † cõuenit, non ex iudice, aut exemplo alicuius scripturæ, sc. ex authentico conueniendus est. *l. 2. de fide instrum. Guid. quæst. 19.*

76 77 78 79 80 81 82 83 84 85

Nec scripturæ † priuatæ fisci creditur. *l. exemplo. & ibi gl. in verb. neq. fiscum. C. de prob.* vel saltem exemplatio † matriculæ fieri debet, citatis his quos tangit *Spec. d. t. in §. ostenso. n. 26. text. est in l. de vno quoq. de re iudic. 55. & c. inter quatuor de maio. & obed. Francus Marcus quæst. 467. tom. 1.* vbi tñ tradit aliquot fallentias. Item vt † transumpta probent in præiudicium contradicentis, non hoc sufficit, quod fiant authoritate iudicis, sed etiam requiritur, vt aduersarius, (si is certus esset) specialiter ad hoc citetur. *dd. in auth. si quis in aliquo. C. de edend. Alex. cons. 112. vol. 4.* vbi etiam alia requisita, quæ omnia omissa hic sunt. Et fiebat olim exemplatio † & publicatio instrumentorũ apud magistratum, census hodie apud defensorẽ ciuitatis, & etiam apud ordinarium iudicem vel

86 87 88 89

eius delegatum. Et si talium iudicum authoritas non interuenit, publicatio & exemplatio non valebit, & fit per tabellioné, qui est publica persona, & si ille non habeatur, per duas 90 † honestas personas, vel tres, cum præscriptione vel etiam vna, cum nominibus præsentiū inscriptis, & cum sigillo authentico. *Spec. d. §. ostenso. n. 24. & seq.* 91 Imo etsi partes † cōsentiant exemplationi, siue iudici non valebit. *Spec. d. loco. n. 33.* Sic hæc solennitas requiritur in exemplatione priuatorum instrumentorum, quanto maior debet adhiberi in confessione matriculæ, eiusque exemplatione, vbi præiudicium statuitur versatur. 92 Præterea † ad eam si pars citata comparere non possit, saltem debet aliquis nomine suo acceptare. Actus enim 93 me absente factus ratificari † potest ex post facto, dummodo aliquis meo nomine acceptet, *vt late Abbas in c. f. vt lit. non contest.* Et iam si ad confessionem scripturæ deesset tertius, nomine meo authorizans non dubitatur, ꝙ 94 ratihabitio operaretur. Sed scriptura † confecta citra mandatum vel consensum, nullo recipiente pro me, non dicitur ad me pertinere, nec mihi præiudicari potest, maxime quādo repugnat *reg. l. certum. §. si quis absentem de confess.* Hæc Felin. *in c. ex Epistola. n. 14. de* 95 *prob.* Præterea vt matriculæ † credi debeat, requiro subscriptiones & sigilla statuum, præsertim eorum, de quorum præiudicio agitur, Item plenam causæ cognitionem. Item quod matricula vel aliuslibet correspondens contineat accepta & data, (quod aliquando vt status soluerit. *Bald. in l. 2. §. adhec. C. de quadrien. præscript. Idem in l. rationes. C. de prob.* Si nihil horum contineat, non puto probare, nisi statutum & sancitū reperiatur im Abschiedt Comitiorum imperij, quod nudæ matriculæ sit credendum. Quod non puto vnquam statutū. Imo contrariū, vel quod talis sit consuetudo, quod matricula imperij probet. Ea tamē consuetudo probari deberet, quando tales libri 96 sumunt † robur à consuetudine, per ea quæ allegat Bertach. *in d. tr. de Gabellis. n 3. p. 4. ibi aduerte tamen.*

His tamen licet sint iuris non velim ita pertinaciter inniti, modo mihi aliqua fisci realis possessio, & vnus atque alter actus solutionis probaretur, qui factus fuisset, bey Menschen gedencken/ quiete & sine protestatione, sciente & patiēte aduersa parte, quo casu matriculam quoad has partes pro legitima agnoscerē. Vtrū id in nostra causa probatū minime sit, non volo à recessu Augustano s̄ allegato & à iure cōmuni, quod solennitatem maxime in his, quæ tertio præiudicant requirit, recedere.

Non obstat, si quis dicat aliud esse matriculam Imperij, aliud matriculam collegiorum. Quin respondeo, ꝙ cum infinita sint facta, & legibus certis comprehendi non possint, de similibus † ad similia procedendum, præsertim 97 vbi eadem est ratio, & eadem æquitas. His enim duob⁹ modis similitudo dignoscitur. Puto autem quod eadē hic sit & ratio, & æquitas. Imo maior, ita vt procedere possit à minori ad maius, & ideo idem ius militare. Vbi enim diuersitatis ratio reddi † nō potest, idem ius esse pu- 98 tandum est, *l. à Titio de verb. obl* Et vbi eadem † æquitatis ratio intercedit, simile ius statuen- 99 dum *l. vlt. C. ad l. Falcid.*

Non mouet, quod obijciatur per hanc sententiam absolutoriam totam matriculam Imperij corruituram, quoniam matricula, quantum ad eos attinet, qui contributiones Imperio fecerunt, & sic fiscalis in quasi possessione collectandi venit, nihil detrahitur, sed firma & rata, vt antea, manet. Nam † pars prædicamen- 100 talis, (quod tamen non concedo quod nostrū Monasterium sit pars talis Imperij) à toto detracta, illud non viciat, sed minuit, *l. seruus. §. fin. de leg. 3. Et mortuo vno de collegio, propterea collegium non dissoluitur.*

Non obstat, quod dictū est, Reos vel Abbatem renunciasse suo iuri, sibiq; præiudicasse, ꝙ ab inscriptione matriculæ nō apellarint. Et cū non constat, quando ista inscriptio fuerit facta non potuit appellari. Necesse itaq; erit, vt fiscalis primum doceat, quando inscriptio fuerit facta, an legitimo modo sit facta, Item præsentib. reis præsertim Duce illo, Abbas enim licet consensisset, præiudicare Duci non potuisset, cum † etiam sententia contra subditū la- 101 ta Dño non noceat. *Abbas in c. auditis. n. 19. de præscript.* Præterea non video, quomodo, aut ad quem ab illa inscriptione appellari potuisset † 102 cum appellatio à Cæsare nō fiat, *l. 1. in pr. à quibus appellari non lic. & in l. 1. de sent. præfert. præto. Maranta p. 6. sui speculi tit. de appel. nu. 237. & seq.* Admittitur tamen ex gratia supplicatio, *vt in auth. quæ supplicatio. C. de precibus, Imper. offer. & in auth. vt sponsal. larg. §. ad hæc.* Item querelari potest, *gl. in c. querelam de procur. Paris. cons. 118. vol. 1.* Quod autem reclamatum & supplicatum sit, sæpe colligi potest ex recessibus Comitiorum imperij. Et appellatio † fit à 103 minore ad maiorem, nō ecōtra, nec ad parem *Mar. d. loco. n. 3.* nec vt aliter fiat consuetudine induci potest. Adhoc aliter respōdet Ias. *in d. l. beneficium ad fin.* suæ tamen opinioni non satis confidit, sed dubitando subiungit, sed caue & considera. Bart. 2 *in l. forma. §. fin. de cens. (quē ibi allegat Ias.)* dicit, quod ille, qui est immunis, describatur in libro debētium soluere, potest dicere se grauatum, & contradicere, & habet annum ad contradicendum. Hæc ille.

Non obstat, quod in antiquis monumentis publicis, id est, documentis & libris (hic matricula) magis credi debeat, quam testibus, quia respondeo, hoc verum esse, modo monumenta talia sint, quibus possit fides adhiberi.

104 beri. Nam libri antiqui † non aliter probanr, quam si antiqui eos pro authéticis habuerunt *Hieron. de monte in d. tr. c. 62. n. 2.* Cum igitur nulla talia hic sint documenta, dicendum potius testib. credendum. Quinimo † ijs non existentibus standum erit famæ, & cõmuni opinioni hominum. *arg. l. si arbiter. de iudic. l. atq; natura. §. cum me absente de neg. gest. per Bald. in l. proprietatis. & in l. iudicio. C. de pb. Feudist. in c. 1. §. vasallus. si de feud. fuerit controuersia inter dom. & agn. pṡertim Bald. & Aluar. & in c. 1. & 2. de feud. March. Andr. de Iser. plene in c. 1. de controu. inter mascul. & fœm. Alex. cons. 24. n. 21. vol. 5.*

Non obstat, quod contra præsumptionem 106 iuris & de iure, non admittatur probatio † in contrarium, nec consuetudo, nec præscriptio, quod probatio admittitur per indirectum. Exempli gratia, licet directo quid non admittatur, ad antiquitatem tanti tẽporis vim tituli habere, admititur tñ per indirectum, dicendo, *Ego non dico, quod antiquitas tanti temporis vim tituli habeat, sed dico, q̃ talis titulus non nocet hic, q̃ præscribens in mala fide fuit.* Ita soluit Crau. *in d. tr. d. p. 4. d. sectione materia. n. 14.* Sic ego hic non dico, q̃ matricula præsumptionẽ iuris p̃ se non habeat, vel q̃ probari possit, præsumptionẽ haberi pro se, sed q̃ in facto & veritate possit, qua matriculã probari. Præsumptioni n. 107 recte opponitˢ probatio veritatis, & simplicẽ † præsumptionẽ simplex testiũ probatio tollit. *l. optimam in f. C. de cõtrah. stip. l. generaliter. C. de non num. pec. l. vlt. q̃ met. causa.* Et q̃ probatio vincat præsumptionẽ scribit Neuisan *in sylua nupt. lib. 4. n. 23. fol. 270.* Imo cum præsumptio sit semiplena probatio, standum erit perfectæ p̃bationi. Nã vbi ex vna parte adest plena probatio, ex altera parte non, possunt cõuerti im-108 perfectæ p̃bationes. Et † probatio semiplena, nihil detrahit plenæ & perfectæ probationi. *Abb. in c. in nomine test. th.* De cõsuetudine & p̃scriptione ŝ tradita est solutio prima, q̃ cõtra p̃sumptionẽ iuris admittãtˢ, modo hæc vel illa, à tanto tẽpore, cuius initij hæc memoria non habeatˢ, sit inducta per iura supra allegata.

Non obstat, q̃ solutio onerum & collectarũ 109 coacta atq; violenta † nullum ius tribuat: q̃ tametsi vis & metus interuenissẽt, (q̃ omnino negatur) tñ lõgissimi temporis cursu purgatũ censebitur, quicq̃d erat vitij in ea re mala fide ac vi possessa, *text. est in l. f. C. vnde vi & ibi Bart. & gl. in verb. triginta annorum*, quo spatio tollitur omne ius, quanto magis si sit possessio immemorialis.

110 Non obstat, quod dictũ est, quod † non cõ-111 tradicens & tacens habeatur † pro consentiente, sibiq; in futurum præiudicet, q̃ hoc simpliciter verũ non est, sed limitatur, quando quis taceret verbo, sed cõtradiceret facto vel signo, quia tunc non haberetur per cõsentiente. *Philipp. Franc. in reg. 44. de reg. iur. in 6.* Item limitatur, quando tractatur de præiudicio tertij, quo casu tacens non videtur consentire. Hic fuit actus, quem contradicendo potuit impedire, *idem ibidem*, & in facto etiam contrariũ est probatum, per testes, des sich die Aept nicht gewaigert haben.

Non obstat, q̃ dicitur, scribi non posse obedientiam, q̃ subditus nõ potest nomine proprio contra dominum & sic seipsum præscribere: Duces hoc facere potuissent, si præscriptione opus fuisset. Sic soluit Oldrad. *cõs. 244. n. 4. & Rebuff. in l. si quis decur.* sic etiã tradi potest solutio ad *l. competit. C. de p̃script. 30. vel 40. ann.* vbi habetˢ, q̃ contra † functiones publicas 112 non currit p̃scriptio, quod illa lex loquitur in causa speciali: sed in tributis & alijs functionibus, quæ dantur in signũ veræ subiectionis. Sic soluit Nic. Euerh. *cons. 3. pag. 11. n. 50.* Ita etiã distinguit Abbas *in c. ad audientiã. n. 16. de præscript. & Alex. cons. 30. vol. 5. respondet ad text. in d. l. cõpetit.* Sed quod est speciale in tributis, seu publicis functionibus, debitis imperatori in signum recognitionis vniuersalis dominij, vt non possint præscribi contra imperatorem, ita refert Balb. *in tr. de præscript. in 2. p. 5. patris principalis. q. 7. n. 2. Alberic. in l. imperium. n. 45. de iurisd. om. iud.* Huc facit, q̃ tradit Abbas. *in c. cum non liceat. n. 16. & seq. de præscript.* Sed in nostro casu non præscribitur obedientia cõtra imperatorem & imperiũ. Imo nihilominus d. Monasterium siue Abbatia manet tanquam pars Ducat⁹ illius, & feudi imperialis sub imperio, mediate tñ, & Dux & vt Vasallus imperij, in signum supremæ potestatis & subiectionis, sustinet onera, & soluit collectas, quas collatas tã exigit ab Abbate, quã à reliquis suis subditis. Et sic videmus d. Abbatem soluere imperio, licet non immediate soluat. Et Abbas appellare quoq; potest, à Duce ad Cam. & iudicium imperij: Quod non posset, si Dux, vel Abbas p̃tenderent præsumptionem contra obedientiã & supremã potestatẽ imperatoris.

Non obstat, quod dicitur, per non vsum † 113 amitti ius collectandi. *Iacob. Rebuff. in l. in filijs. n. 1. & ibi additio. C. de decur. lib. 10. Chass. in consuet. Burg. t. des iustices. §. 4. vers. nous. n. 16. fol. 34.* Et licet quis longissimo tempore non fuerit collectisatus princeps vel alius ius collectãdi non amittit, tñ si ab alio collectisetur (vt Abbatia à Duce est collectisata) præscribitˢ quoad collectisantem, & aliter amittit ius suum. *Rebuff. in d. l. si quis decurio. C. de decur. lib. 10.*

Non obstat, si quis intelligat allegatum recessum Augustanũ. §. hette aber ꝛc. in verbis nie nichts geben ꝛc. de † centenaria præscriptione, 114 vt sc. libertatẽ prætendens docere debeat, se in 100 annis nihil soluisse: quod p̃ reos factum sit. Ad id respondeo, sufficere, vt probetur p̃ tempus immemoriale niĩ solutũ, *vt supra late deduxi.* Nam † in antiquis (antiqua autẽ dicitˢ 115

116 quod excedit † metas 100 annorum secũdum communem dd. præsertim Ias. *in l. cum aliquib. n. 7. C. de iur. delib.* & Hieron. Cagno. *in l. velle in f. de reg. iur.)* sufficit testimonium de auditu *Crauetta. p. 1. in verb. viso de fama. n. 32.* Nostri autem testes de visu & auditu ita deposuerunt, vt ipsorum testimonium iam sit sufficiens, ac si tempus 100 annorum probassent. Quod testimonium de auditu alieno, in antiquis plane probet text. est *in l. testium, & ibi gl. Bart. Bald.*

117 *Cyn. Salic. C. de testibus. Dec. cons. 82.* In † antiquis sufficit probatio per indicia & conjecturas ac testium auditum. *Curt. sen. cons. 77.* Imo

118 etiam in antiquis † fama probat. *Affl. decis. 23. nu. 5. Pet. de Vbal. in repetit. C. si diligenti in pr.*

119 Testimonium † de auditu sufficit in antiquis *Dec. cons. 618. n. 8.*

120 Non obstat, quod † scriptura custodita in publico loco vel scriptura ex Archiuo publico plene probet, *secundum supra allegata iura*, quod hoc intelligendum, dummodo concurrant ea quæ Innoc. *in c. 1. de procur.* potissimũ requirit. *Ita scribit Felin. in c. 2. n. 9. de præscript.*

121 Deinde libri † officialium, de publico deputatorum, inter nos tantum probant, cum quib. res gesta est, secus contra tertium absentem.

122 Ita & liber † æstimi non probat dominium in præiudicium tertij, *per multa, quæ tradit Crau. in 1. p. de antiq. temp. §. 4. limitatur n. 71.*

123 Non obstat, quod † in dubio pro fisco sit iudicandum, *per ea quæ tradit Didac. Couarr. cap. 16. lib. 1. variarũ resol. & Gribaldus in l. non puto de iure fisci.* vbi communem ait opinionem, quod in dubio non versamur, cum rei immemorialem possessionem probauerint. Accedit quod multi sunt Dd. qui contrarium teneant, sed ꝙ contra fiscum sit iudicandum in dubio text. est *in d. l. non puto. Matthes. sing. 72. Alex. in l. 1. in pr. sol. matr. & alij. Alci. in reg. 3. præsumpt. 41. Manerius in l. quo tutela. §. quæ testamento. 15. de Reg. Iur. & in l. quoties. n. 15. eod.* Item

124 † in dubio debet fieri interpretatio cõtra collectam, tanquam rem odiosam, *per ea quæ allegat Crauetta cons. 111. n. 26.*

Non obstat, quod obiectum est contra testes, scilicet quod sint subditi & vasalli & monachi, ideoq; pro domino testificari non possint. Ad hoc respondeo, primum quod ad sub-

125 ditos † attinet, quod imo eis creditur, si non habent singulare commodum, *per ea quæ allegat Henning. cons. 103. & cons. 48. n. 24. Zas. in l. sed si hoc. §. qui manumittitur. n. 9. de in ius voc.*

126 Et monachi † in caussis suarum Ecclesiarũ testificari possunt, si non inueniuntur prohibiti *Accurs. in l. 1. de testib. auth. si dicatur. C. eod. de auth. de monach. §. cogitãd. & in c. nup. ex eod. Spec.*

127 *tit. de teste in pr. n. 40.* Rector & † prælatus Ecclesiæ, possunt esse testes in caussa eiusdẽ Ecclesiæ. Actor tñ & testis simul esse nõ possunt. Sed si conuentus agit, tũ licet in instrumento dicatur, quod Abbas & conuentus constituant talem procuratorem, bene poterit Abbas esse testis, & quilibet de cõuentu. *Spec. d. t. in pr. n. 23.* Item vasalli † possunt esse testes pro domino, si sint bonæ famæ, & veritatem deponant, maxime si conueniant cum dictis aliorum vt hic, qui non sunt vasalli, *apostil ad Spec. d. t. in pr. in verbis, dicat. sub litera K.* vbi allegat Bald. *cons. 352. vol. 3.* reprehendentem Spec. tanquam sibi contrarium, qui ciuem subditũ, non obstante, quod ei possit imperare, in testem admittit. Vasallum vero non admittit. Quod vasallus testis esse potest, tenet etiam Hieron. de monte *in d. tr. c. 58. n 3. Fel. in c. in literis. n. 5. de testib.* ꝙ integritas † personæ tollat oẽm suspicionem. Item subditi Principis vel Regis, ratione iurisdictionis possunt pro ipso testificari. Nam alioqui princeps vel prælatus, maxime magnũ habẽs regimen nõ inueniret testes in proprijs causis, *ita Felin. ibid. n. 3.*

128

129

Et dd. pro concordia distinguunt, aut Princeps est talis, ꝙ præsumitur inferre violentiã testis, nisi suo modo testificatur, & tunc † non admittitur subditus pro domino. Si vero non sit talis, admittitur. Et fallit etiam contraria opinio, quoniã verisimilius subditi & domestici, vel familiares meli⁹ scire possunt, q̃ extranei. *Felin. ibid n. 9.* vel si alij haberi nõ possunt testes. *Idem in c. insup. n. 7. de testib.* ꝙ inhabiles admittantur, ꝙ aliter veritas haberi non potest. *Hyppolit. sing. 533.* Et † in testibus, ꝙ deficit in fide, supplet numerus. *Idem sing. 477. gl. communiter approbata in l. 3. verb. numerus. de testib.* Præterea in materia antiqtatis etiã domestici & subditi † ac alij inhabiles, præsertim quãdo nec per alios verisimiliter probari non possit, admittuntur. *Crauet. in tr. de antiq. temp. §. visc. de fama. n. 13. & 19.*

130

131

132

Non obstat, quod à Cæsare & Camera sæpe Abbati sit mandatum, vt collectas soluat, ꝙ ꝑ solum † præceptum, quod facit dominus, non probatur iurisdictio, vel superioritas, vel aliud ius, nisi probetur, ꝙ obeditum sit præcepto, & qui præcepit, & sibi non paretur, nihil in alium possidet, *Affl. decis. 265. n. 9. & seq.* Imo † collectarij ius tollitur si probatur de contemptu legis, statuti, iuris, vel præcepti, si sc. requisiti per longum tempus contradixerint, & præcepta contempserint. *Petr. de Rauennate. in t. de consuet. sectio. 4. n. 40 Bonnus in tr. de statutis rebus præscripsit. gl. 4. num. 4.* licet alias per non vsum collectandi, non tollatur † lex, consuetudo, vel ius collectandi, *Alex. cons. 138. nu. 19. vol. 2.* Quod autem Abbas semper contradixerit & præceptum contempserit, ex testium dictis abunde constat. Item ex contemptu, & sic ex omisso inducitur consuetudo, quod † ille, qui contemnit, aliquid facere videtur. *Bald. in l. de quibus. num. 35. ibi sed nunquid ex non actibus. de LL.*

133

134

135

136

Proba-

Probatur autem contemptus, vel quod expresse contemnitur, vel quod monitioni hominis, vel legis certū aliquid iniungentis, nunquam paritum est.

Non obstāt etiam ea, quæ extra processum hunc pro fiscali possunt adduci. Nam † iudex debet secundum allegata & probata procedere. *l. in caussa de mino. c. licet Heli de Symon. Spec. in t. de test. in pr. n. 67.* Pronunciare † debet iudex de illa re in iudicio, de qua cognoscit. *Idem Spec. d. tit. §. nunc vidend.* Item iura vt † prosint, in actis produci ea debent *secundum ea, quæ allegat Menoch. in cons. 3. n. 7. in caussa Finaniensi, text. est in l. illicitos. §. veritas, & ibi gloss. in verbo veritas, de off. præsid.* Ita etiam dicitur, quod acta † facta in vno iudicio, non probant in alio iudicio etiam inter easdem personas, nisi pars producat, *Bart. in l. naturaliter. §. nihil commune. n. 32 & ibi Ias. de acquir. poss. Alex. cons. 82. vol. 1. Rofred. decis. 232.* Item † Iudex non potest dicere sententiam ex instrumento scripturæ in iudicio non productæ, licet ea fuerit sibi priuatiue coram notario & testibus ita exhibita, vt plane ex ea cognouerit ius actoris vel rei. *c. cum dilectus. de fid. instrum.* Idem erit, quod instrumentum post litem contestatū cū producitur in iudicio, ad principalem quæstionē litis: nisi prædictio aduersario fuerit denunciata, vt seipsum ab omnis scripturæ testimonio defendat. *Ita Didac. Couarr. lib. 1. Var. resol. c. 1. n. 5. Fel. in c. quoniam, contra n. 28. de prob.* Quod iudex † nō possit admittere acta extraiudicialia ꝓ decisione caussæ tenet etiam Archiadiac. *in c. iudicantem 30. q. 5. n. 8. & 9. &c.*

137 138 139 140 141 142

DECAS IV. VOTVM II.

In Caussa Schonwalds/

Contra

Cuno Zwinger Trosten zu Difftel.

De Priuilegijs.

SVMMARIA.

1. *ad Probandum admitti debet, quod probatū probantem non releuat.*
2. *Exemplis non, sed legibus iudicandum. Vnusquisque sui facti rationem reddere tenetur.*
3. *Concesso termino vniuersali, censetur etiam concessa iurisdictio.*
4. *Alienatio cum sua caussa dominiū ad alium transfert.*
5. *Res transit cum sua caussa, onere & priuilegio.*
6. *Nemo potest caussam Possessionis sibi mutare.*
7. *Possidere iure is dicitur, cuius nomine alius possidet.*
8. *Princeps licet concedat vasallo merū & mixtum Imperium, & omnimodam iurisdictionem in aliquo loco, non tamen videtur sibi concessisse appellationes, nisi de eis fuit expresso mentio in concessione.*
9. *Imperium per vnum, non per plures regi debet.*
10. *Imperator non potest sibi parem in Imperio facere.*
10. *Appellationes semper debent dirigi ad illum, qui est superior in iurisdictione.*
11. *Præuenire melius est, quam præueniri.*
12. *Imperator non potest præiudicare Imperio.*
13. *Supremum ius siue superioritas Imperij non concernit dominium, sed iurisdictionem & protectionem in vniuersum.*
14. *Imperator quoad protectionē & iurisdictionem, dicitur dominus mundi.*
15. *Res inter alios acta alijs non præiudicat.*
16. *Appellationes, quæ fiunt metu banni, non ex voluntate partium, nullius sunt præiudicij.*
17. *Imperij libertas non præscribitur.*
18. *Priuilegia Terrapotent. contra superioritatem Imperij concessa, sunt nulla.*
19. *Sanctio pracmatica nulla, nulla sacra annotatio, quæ generali iuri vel vtilitati aduersatur, valet.*
20. *Imperator non potest concedere priuilegium omnimodæ exemptionis.*
21. *Rescripta summi principis, ita intelligenda sunt, vt nemini iniuriam faciant.*
22. *Intentio principis talis esse præsumitur, qualis est legis scripta & rationis naturalis.*
23. *Imperator non potest præiudicare Imperio vel pari, id est, successori suo.*
24. *Imperator nudus Imperij administrator est, & successor potest priuilegia eius annullare.*
25. *Donatio Constantini Imperatoris.*
26. *Imperator non potest facere alienationem in præiudicium Imperij.*
27. *Imperator potest omnia ex plenitudine potestatis, & certa scientia.*
28. *Imperator quas res alienare possit.*
29. *Rex non potest facere deteriorem conditionē vniuersitatis, id est, regni.*
30. *Confirmatio priuilegiorum quid præstet.*
31. *Volenti & scienti non fit iniuria.*

32 *Insinuatio priuilegij non valet, si priuilegium nullum est.*
33 *Insinuatio semper fieri debet cum clausula, saluo iure Imperij & tertij.*
35 *Index in dubio articulos ad probãdum potius admittere, quam reijcere debet.*
36 *Consensus statuum Imperij in concessione priuilegij quid efficiat.*
37 *Oẽs ꝙ cõcernit, ab omnib⁹ approbari debet: & de interesse igitur omnium consensus requiritur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

SVBMISSIO nostra in puncto deuolutionis versat. Vtrũ exceptiones articulatæ 22. August. Anno 54. ex parte Sebastiani. R. tanquã principis Terræ potẽt is pro interesse exhibitæ, ad ꝓbandum admitti debeãt nec ne, regulariter n. ad ꝓbandũ admitti † debet, ꝙ probatum nõ releuet ꝓbantem, *vulg. l. ad probationem 1. & ibi Bart. in pr. C. de prob.* Videndum ergo, an probatæ releuent probantem. Et certe, si non extarent ꝑiudicia, ꝙ ijdem articuli in similibus casibus ad probandum admissi fuissent, res, meo iudicio, non careret scrupulo. Quoniam autem non † exemplis, sed legibus iudicandum est, & vnus quisque sui facti rationẽ reddere debeat. Ideo breuiter examinabo dictas exceptiones.

Et inprimis, quæ ex ordine continua serie neque ad 26. art. de Emptione præfecturæ Diffteſ/ de translatione & traditione dominij, de administratione eiusdẽ, de generali consuetudine Germaniæ articulantur, nihil ad elidẽdam Imperij iurisdictionẽ momẽti habent: status n. caussæ non consistit in eo, vtrum Landtvogthey vnd Landtgericht in Diffteſ/ cũ pacto de retrouẽdendo principib. Terræpotentis ab Imperio Verpfändt/ id est, Verkaufft/ (sic enim accipiũt & vbiq; in productis verbũ Verpfändt interpretãtur) worden. Nã per illã venditionem proculdubio nõ solũ dominium, sed etiam exercitium & cõmodum iurisdictionis consecuti sunt: quia iuris est expediti, ꝙ † concesso territorio vniuersali, concessa sit quoque omnis iurisdictio, *vt notant dd. But. Ias. & alij, in l. 1. & l. Imperium. §. de iurisd. om. iud. late Bald. in c. 1. de capita. qui certam vend. n. 1. cũ seq.* Sed in eo potissimum cardo totius cõtrouersiæ vertitur, an per illam venditionem dominium illius præfecturæ, ita in emptores Terræpotentis translatum sit, vt à iudicio prouinciali (scilicet Landtgericht) non ad Cam. Imperialem, sed gehn DD. appellari debeat? Hic labor hoc op⁹ est. Sed mea quidẽ sentẽtia puto, ꝙ nõ. Sed ꝙ appellationis, nõ obstante venditione, ad Cam. fieri debeant, si nõ immediate (ꝙ magis crediderim) saltem mediate. Idq; sequentibus rationibus ostendere conabor.

Quarum prima, ꝙ alienatio † cum sua caussa dominium ad alium transferat, quæ esset futura, si apud eũ, qui alienãt, res mansisset. *text. est in l. alienatio. §. de contrah. empt. l. traditio. ff. de acqr. rer. dom.* res n. † trãsit cũ suo onere & cũ omni suo priuilegio. *text. in l. si conuenerit. §. si fundus. §. de pigno. act. l. 2. C. sine censu vel reliq. Dyn. in c. nemo potest. de Reg. iur. in 6.* Sed in cõfesso adeoq; notorium est, ꝙ ante venditionẽ à Landtgericht Diffteſ immediate ad Cam. appellari potuerit. Quid obstat igitur, quo min⁹ & hodie possit per rationem, *d. l. alienatio cum similibus.* Est n. extra oẽm cõtrouersiam, quod Landtvogthey vnd daß Landtgericht immediate subsint Imperio, ꝙ sint feudum Imperij à quocunq; possideãtur. Si feudũ Imperij. Ergo sub iurisdictione dñi directi & pariũ remãserunt, hoc est, Cęsaris & statuũ, qui sunt de curia Imperij, ad quos tanquã iudices ordinarios ex aurea Bulla, cõstitutionibus Imperij, & iure cõmuni, vtiq; prouocare poterunt. *c. 1. de cõtrou. feud. apud par. term. vbi Affl. nu. 4. Iser. nu. 5. & 7. Prapos. n. 4. Imo. in c. ceterum. n. 4. de iudic.* Et nõ solum ipsi status Diffteſ/ verum etiam eorum subditi sub iurisdictione & protectione Imperij mediate remanserunt.

Secunda ratio, quia † nemo potest sibi caussam possessionis mutare, nulla extrinsecus accedente caussa, *text. in l. cũ nemo. C. de acq. poss. & l. 2. §. ꝙ vulgo. ff. pro hared.* Terræpotentes d. facturã ab Imperio habẽt & ei⁹ nomine possidẽt, iure hypothecæ, vel emptionis cũ pacto de retrouendẽdo. Ergo non possunt alio nouo iure possidere, nõ possunt iurisdictionẽ Imperij ad se deriuare. Satis est, ꝙ habeãt, virtute Emptionis, cõmodum possessionis, & iurisdictionis exercitium, ꝗ ipsis nõ denegant. Relinquatur etiã sua Imperio excellentia & maiestas, ꝑsertim cũ † in iure dicatur is possidere, cui⁹ nomine ali⁹ possidet, *text. in c. si diligẽti de ꝑscript. c. cũ venissent, de rest. spol. l. ꝙ meo. ff. de acqr. poss.* Accedat doctrina Iacobi d. S. Georg. *in verb. & dicti vasalli n. 36. in f.* vbi dicit, quod licet vasallus sit inuestitus de feudo alicui⁹ castri, cũ mero & mixto Imperio, & omnimoda iurisdictione, tñ si ipsi subditi appellant à potestate vel vicario deputato, p ipsum inuestitũ nõ erit appellãdum ad ipsum feudatarium inuestitũ, sed ad dñm superiorem, quod licet princeps † cõcedat vasallo merum & mixtum Imperium, & omnimodã iurisdictionẽ in aliquo loco, nõ tamen videtur sibi concessisse appellationes, nisi de eis fuit expressa mentio in concessione. *Ita Iacob vbi supra allegat Ang. in l. 1. §. madatũ. ff. de officio eius cui mãd. est iuris. Idem Iac. d. S. Georg. in verb. cum mero. nu. 9.*

Tertia ratio est, quia Landtgericht adhuc hodie daß Kays. Landtgericht Diffteſ appellatur. Id quod ex citationibus cõstat, vbi Carolus V. Imper. vocat das Landtgericht Diffteſ L L. ein

Kayser-

Kayserlich Landtgericht. Si Cæsaris & Imperiale iudiciũ, ergo non ad Terræpotentẽ, qui nomine Imperij iure hypothecæ vel emptionis administrationem tm̃, & commodum possessionis habet *d. l. ꝙ meo cũ similib.* Sed ad Cæsarẽ, vel eius Camerã appellari debet, quemadmodum à iudicio Rotvveilẽsi, alias necessario gehn QQ. appellandum foret. Si quid appellationis remedium, porro ad Cam. locũ non haberet, sequeretur absurdum, quod duos habemus in Romano Imperio Cæsares, alterum in Germania, alterũ in Terræpot. & sic diuisum Imperium cõtra legẽ Regiã, cuius forma est, vt 9 † per vnum regatur, nõ vt in plures Imperium diuidatur. *l.q.§. nouissima. ff. de orig. iur. Bald. in procem. feud. n.33.* vbi dicit, quod Imperator 10 † non possit sibi parem facere vel superiorẽ, aut aliquem constituere, qui impune posset Imperio resistere.

Hinc pro quarta ratione, & illud inconueniens sequeretur, quod totięs in actis à statibus D. circuli allegatum est. Quod nimirũ oẽs status eius ꝓuinciæ, puta Principes, Comites Barones, & Nobiles eximerẽtur à iurisdictione Imperij, & subijcerentur potestati, & iurisdictioni principum Terræpotentis, quia notorium, quod à QQ. appellationes ad Cameram non ꝑmittãtur. Iuris autem manifesti est, 10 quod appellationes † semp debẽt dirigi ad illũ, qui est superior in iurisdictione, & quod conquiescãt in supremo iudice. *l. à ꝓ consulib. l. præcipimus. C. de appell.* Si igitur von QQ. non possit appellari ad Camerã, consectaneũ erit, Terrępotẽtes esse superiores dominos statuum D. Quod nulla ratione Imperij fauore cõcedi ac permitti possit. Nec obstat, quod allegãt nos nõ versari in illis terminis, vtrum à Regimine QQ. ad Cam. porro appellari possit, qa me-11 lius est ꝓuenire † q̃ præueniri. *l. fin. C. in quibus caussis, in integrũ rest. nõ est necess. l. 1. C. vt vnicuique lic. scire ind. sic vindic.*

Quinta ratio. Quia Imperator rem Imperij alienando etiamsi vellet, non posset à se superioritatẽ, & supremũ illud ius protectionis, & iurisdictionis, quod non ex successione, sed electione cõsecutus est, abdicare, & in aliũ trãs-12 ferre, hoc est, nõ potest efficere, vt † res Imperiales omnino à iurisdict. Imperij eximantur, ad quod optime facit *l penult. §. de off. præf. & plene notant dd. in procem. ff. & C. vt infra latius di-13 cetur. Mandel. cons. 64. n. 47.* supremũ † ius siue superioritas Imperij nõ concernit dominium aliquod directũ vel vtile, sed iurisdictionẽ & ꝓtectionẽ in vniuersum, *vt not. gl. in procem. ff. §. 1. in verb. sancimus. Bart. ibid. n. 3. Mandel. d. cons. 64. n. 99.* Vnde licet dominium d. præfecturæ ex venditione Terræpotentes consecuti essent, eadem tamen sub iurisdictione & protectione Imperatoris permansit, quia, vt dixi, supremum illud ius, ab Imperatore separari nõ potest. Hinc est, quod Imperator, quoad protectionẽ, † & iurisdictionẽ dicatur do-14 minus mandi & omnium prouinciarũ. *l. deprecatio. §. ad l. Rhodiam de iac. l. bene a Zenone. C. de ꝙ prescript. vbi communiter DD. Bart. in l. si duas §. 1. n. 2. ff. de excus. tutorum. Iasan l. cũctos populos. n. 2. & 8. cũ seq. C. de summ. trinit. & fide Cathol.*

Ad Extremum pro sexta ratione accedat, quod eo tempore, quo Landtvogthey den Schonwalden ab Imperio Verpfändt/ immediate à Landtgericht ad Camerã absq; contradictione appellatũ sit, prout multis indicijs, quæ in defensionalibus ex ordine recensentur, cõprobatũ extat, ita quod Camera etiã post hypothecã semp fuerit in possessione recipiendi appellationes. Et hactenus quoad priores 26. articulos. Cætera quæ sequuntur à 27. art. vsq; ad 51. inclusiue, ꝙ scil. ab eo tẽpore, quo de pręfectura penes Terrępotẽtes fuit, semp appellatũ sit vom Landtgericht Diffel/gehn QQ. cum allegatis ad hoc nuncupatim præiudicijs, parũ apud me ponderis habent.

Primo, ea res † inter alios acta alijs nõ debet 15 præiudicare. *tot. t. C. res int. alios. l. sæpe. ff. de re iudic. cũ similibus.* Deinde quia notorium est, huiusmodi † appellationes non ex partiũ volũta-16 te procedere, sed metu Banni fieri, ideo nullius sunt pręiudicij. *l. 1. & tot. tit. §. de eo ꝙ met⁹ causa.* Et exstant hui⁹ iusti motus, qui in virũ cõstantissimũ cadere potest, *iuxta l. metũ. ff. d. tit.* exẽpla banni, vt in caussa der Stadt Augspurg pro interesse, vnd Georgen Esterreichen principalen contra Caspar Glosler/ Item in caussa Anthonij Fugger vnd Gemeindt zu Kirchhaßlach cõtra David Jüdt/ & nouissime in caussa Schelsenberg contra Glockler̃ quartę appellationis.

Tertio, quia iuri publico non præscribitur, contra Imperij libertatẽ & iurisdictionẽ † nul-17 la currit præscriptio, *l. oẽs & ibi gl. magna. l. cõpetit. C. de præscript. 30. vel 40. ann. l. 1. & 2. C. ne rei domi vel templo. l. fi. C. de feudis patrimonialibus lib. 10. Guid. decis. 416. n. 7. cũ seq. Panorm. & Felin. latiss. in c. cũ non liceat de script.* vbi disputãt, an præscribere aliquis possit, vt non subsit Imperio, de qua quæstione late Mandel. *cons. 62. n. 35. & cons. 64. n. 91. per multa alleg. & ibi per eum.*

Quoad 52. art. ait vsque ad 55. inclusiue de priuilegio Terræpot. de nõ appellando ad Cameram facilis est responsio, quod huiusmodi † 18 priuilegia cõtra Imperij sup̃ioritatẽ ab Impp. concedi non poterint, sed sint ipso iure nulla. Nulla n. pragmatica sanctio, nulla † sacra an-19 notatio, quæ generali iuri vel vtilitati publicæ aduersatur, valet, *vt est text. in l. f. C. si cõt. ius vel vtil. publ. & ibi communiter dd. l. viri. C. de his qui vacat. a principe accepit. lib. 10. l. 1. in pr. ff. de vacat. mun. l. iubemus nullibi. C. de sacrosanct. Eccles. l. si quis per diuturnã. C. de aqua ductibus. lib. 12. Bald. in ꝓœm. feud. n. 32. Pan. in d. c. cũ nõ liceat. n. 16. in fin. vbi dicit, ꝙ † Imperator nõ potest cõ-20 cedere*

cedere priuilegium omnimodæ exemptionis, quia esset lacerare Imperiū, & abdicare à se iurisdictionem, quod nō est possibile, *argumento.d.l. penult. §. de off. præsid.*

II. Præterea noti iuris est, rescripta summi principis ita esse † intelligenda, vt nemini iniuriā faciant *c.sup eo.de off.deleg. vbi late Felin.ex facto.ff.vulg.& pupill.substit.l.nec au^s.C.de eman. lib. Bald.in l.1.C. de diuers. rescript.Bellon.cons.18. n.6.* Intētio † n.principis talis esse p̄sumit, qualis est legis scriptæ & rationis naturalis. *Dec.cōs. 11.n.3.& 4. Idē cons.209.n.8. Ias. in l.quoties.C. de precib.Imp.offer. n.3. & 4.* Sed in p̄senti graui & intollerabili iniuria adficerent statūs Distel/si illud priuilegium etiam illos comprehēderet, quia inuiti à iurisdictione Imperij eximerētur, & alterius potestati subijcerentur, *vt supra demonstratum est.*

III. Adhęc Imperator † nō potest p̄iudicare Imperio vel pari, id est, Imperatori venienti post se, quia par in parē non habet Imperium, *text.in l.nā magistratus. ff. de recep.arbitr. l. p̄cipimus.§.penult.C.de appell.l.ille à quo.§. tempestiuū, ff. ad Trebell.* Et nudus tm̄ administrator, non autē dominus Imperij, est † ideoque successor poterit huiusmodi priuilegia cassare & annullare, *c.ad hoc, optime faciunt text. in l. iure nostro. ff.de testam.tut. & l. quāuis. ff. de reb.eorū qui sub tut.&c. Bart. Bald. & cōmuniter dd.in procemio.ff. & C.in procem.instit. Bald.late in procem.feud. & Imol.ad rubr. ff. de verb. obl.* vbi de donatione † Constantini facta Syluestro Pontifici ad nauseam disputant, quam Molinæus ad Alex.*cons. 24.n.23.vol.5.* attestatur nunquā factā fuisse, sed esse mēdacium pudentissimū, ab adulatoribus Papæ confectum. Allegat Felix ita tenere in *c. solita in f.de maior.& obed.* Vtut sit concludunt oēs in locis allegatis, Imperatorem † vnanimiter non posse facere alienationem, in præiudicium Imperij sui, cum dicatur August^s ab augēdo, & iuret in manus Electorū, Imperij iura seruare, augere & non minuere *per text.in c intellecto de iureiur, vbi pulchre Bald. Henning. consil.2.* etiam q̄ omnia possit ex plenitudine † potestatis, & certa scientia intelligi debere, salua tn̄ Maiestate Imperij sui. *Spec.in tit. de instrum. edit.§ nunc autē vidend.n.11. Alex.d.cons.24. Baldus in procemio Codicis & feudorum in hac quæstione, ¦vtrū † Imperator possit res Imperij alienare in Laicum?* distinguit in modum, qui sequitur, aut inquit cōcedit aliquid in feudū & tūc alienare potest absq; dubio, q̄ eo casu ius superioritatis manet penes ipsum Imperatorē, ad hoc allegat *l. 2.& l.humanum. C. de legib.* Aut plane alienat rem, & abdicat à se superioritatē, & tūc nō valet. Et idē Bald. *in procem.feud. n. 32.* tenet, q̄ Rex † non possit facere detentionē conditionē vniuersitatis, id est, regni nec regnū subijcere seruituti. Si hoc ergo in Rege, qui iure successionis regnum possidet, obtinet, quanto magis in Imperatore, q̄ electionis iure ad Imperium peruenit, cuius administratio morte finitur obtinebit. Sunt & aliæ rationes, q̄ scil. donationis Imperiū possit exhauriri, & tandē ad nihilum redigi, sed de his satis.

Concludo in nostra hypothesi priuilegium Terræpotentium non appellando, de quo in actis fit mentio, in pręiudicium statuum à solo Imperatore concessum non valere.

Non obstat, q̄ Imperator quibusdam statibus concesserit priuilegia, de non appellando, item q̄ ab Electorū sentētijs nō appelletur ad Cameram, quia hęc in actis satis cōfutata sunt, quæ huc breuitatis gratia repeto.

Descendamus igitur ad reliquos articulos nimirū ad 56. art. in seq. vsq; ad finē. Habet autē dictus articulus 56. q̄ tale priuilegiū Anno 30. in Comitijs Augustanis consensu electorū & statuum † Imperij, quasi confirmatū & ap̄batum sit. Daß man vom Landtgericht gehn DD. vnd nit ad Cameram appellieren soll. Iste articulus inter alios veluti Hesperus & Lucifer inter stellas solus emicat, & probatus meo iudicio releuare posset, quia si omnium statuum consensus accessit, non de alijs, sed de scripsis conqueri debent, quod cōsenserint. Volenti † enim & scienti nō fit iniuria. Ceteri articuli ab ipso dependent: quia si non † valet priuilegiū nec insinuatio valebit, destructo † enim antecedēte, & ipsum cōsequens cadere necesse est. *l.1.ff.de off. eius cui mand. est iurisdict.l.nihil dolo. §.cum principalis.ff.de reg.iuris.* Adhæc insinuationes † semper fiunt cum *saluo iure Imperij & tertij*, vti ex stylo Cameræ, & formis sententiarum constat. Cum igitur dictus articulus 56. & per cōsequens reliqui articuli, qui ab eo depēdent, possint esse releuātes, & iuris sit, q̄ in dubio iudex † articulos potius admittere ad probandū, q̄ reijcere debeat, cū clausula, saluo iure impertinentium &c. *vt pulchre docet Ias. in l. si duo patroni.§.Idem Iulianus 2.ff. de iureiur. nu. 12.cum seq. Mar. p.6.tit. de depos. nu.23. Rofr. decis.163.gl. & Panorm.in c.cum contingat.n.12. de offic.deleg.* Volo antecessorum vestigijs insistere, & articulum ad probandū admittere in forma consueta. Quoad si me nō terrerēt eorum vestigia, hoc est, præiudicia, quæ nobis à procuratore Terræpot. ob oculos toties ponuntur, intrepide p̄ iurisdictione Imperij in puncto deuolutionis pronunciarē, quia si rē accuratius p̄pendamus etiā p̄bato † consensu Electorū & statuū talis cōsensus in pūcto iuris vix releuare posset, eo q̄ in simili † consensus Dn̄i & vasalli in alienanda re feudali nō posset præiudicare eorū successoribus natis vel nascituris, vt in materia feudali adhoc sunt text^s aperti. *in c.1.vasall.decrep.ætat.c.1.de alienat.feudi p̄.c. 1.§.hoc quoq; de success.feud. vbi late Aluar. nu.6. Iser. & alij.* Et militent in membris eædem rationes prohibitæ alienationis, quæ in capite, hoc

hoc est, quod successoribus non possint præiudicare. Quod Imperium posset ad nihilum redigi &c. Accedat, quod consensus non sit collegialis, quoad † omnes concernit ab omnibus approbari debeat. Et si de † interesse omnium agitur, omnium consensus requiritur. *l. fin. C. de auth. præstand.* Sed propter allegata præiudicia & causæ difficultatem concludendo categoricæ, tutiorem viam eligendam, & in dubio ex doctrina doctorum, *vbi supra.* articulos ad probandum admittendos esse, &c. Saluo &c.

38 39

DEC. IV. VOTVM III.

In Caussa Reuisionis Illustrissimi cuiusdam,

Contra

Schönstatt.

Fraischliche Obrigkeit belangendt.

SVMMARIA.

1 *Proprietatis caussa à causa possessionis in litigiosa iurisdictionis negotio non potest separari.*

2 *Dominij siue tituli antiquioris probatio facit præsumi antiquiorem possessionem.*

3 *Possidere quilibet præsumitur ex titulo præambulo.*

4 *Possessionis causam sibi mutare vel variare non potest, qui semel possidet aliquo titulo.*

5 *Possessionis initium siue eius origo ac prima caussa semper inspici debet.*

6 *Effectus rerũ regulãtur ex causis originalibus.*

7 *Titulum cum antiquiore possessione qui habet, obtinere debet & præferri habenti iuniorem possessionem etiam titulatam.*

8 *Possessionem antiquiorem sine titulo si quis probet, & alter iuniore cum titulo adepto post possessionem adhuc obtinere debet, qui antiquiorem possessionem probat.*

9 *Possessionem alterius prodest iustificari per titulum, si æqualis sit temporis probatio.*

10 *Possessio prior ad illum, qui habet titulum, peruenisse præsumitur.*

11 *Possessionem probãs cum titulo, data paritate probationum, præfertur non habenti titulum.*

12 *Possessio titulata fortior non titulata.*

13 *Titulum qui habet, potiora iura dicitur habere.*

14 *ad Possessorium coadiunandum admittũtur articuli super titulo seu proprietate, cum ei hoc iudicio non sint impertinentes.*

15 *Titulũ & possessionem antiquiorem qui probat, obtinere debet.*

16 *Dominus terræ qui habet iurisdictionalia, ex eo, quod dominus est, fundat intentionem suam de iure communi.*

17 *Iurisdictionis possessorium quodammodo mixtum dicitur.*

18 *Titulus necessarius est in præscriptione iurium incorporalium, quæ concernunt personas.*

19 *Super iurisdictione titulum vel concessionem habens à principe vel alio qui concedendi ius habet, exercendo illam in vno actu, vel contra vnum siue duos, retinet iurisdictionem in omnibus vel quoad omnes alios in eadem specie iurisdictionis. Secus vbi eiusmodi titulus desideratur. num. 21.*

20 *Caussa magis consideranda quam exercitium ipsius actus.*

22 *Iurisdictio quando ab alio possidetur vniuersaliter, tunc exercitium in vno articulo vel loco non extenditur ad totam iurisdictionem.*

23 *Tituli instrumento non probatur possessio. Fallit in antiquis, & quando constat probantem semel possedisse. nu. 24.*

25 *Indulgentiæ & concessiones, quæ in præiudicium alterius possunt tendere, intelligi debent saluo iure partis aduersæ, etiamsi fierent per Principem motu proprio.*

26 *Originis vitium ea quoq; inficit quæ inde sequuntur.*

27 *Radix vitiosa iniqua & morbida nullo vnquam tempore sanari potest, manu nimirum fide reclamante.*

28 *Caussa limitata limitatum parit effectum.*

29 *Status qui fuit ab initio, semper præsumitur adesse, nisi contrarium probetur.*

30 *Actus secretus præsumitur secundum causam suam præcedentem factus, sicut & actus seqq. cũ eorũ qualitatibus ad proximos ex quibus fluunt.*

31 *Caussa prima intuenda.*

32 *à Tituli primordio posterior formatur euẽtus.*

33 *in Actibus indifferentibus, qui iure singulari & priuilegiato, vel iure ordinario & proprio fieri possunt, potius actus priuilegiatus & singularis, quam iuris proprij præsumitur.*

34 *Deceptis non decipientibus iura opitulantur.*

35 *Interpretatio, per quam altera pars remaneret decepta & in damno, admitti non debet.*

36 *Possessionis caussam nõ aliter quis sibi mutare potest, nisi animo constituerit, se velle ex noua caussa possidere, & de illo animo & intentione constet.*

37 *Possessorij actus considerandi & æstimandi sunt iuxta animum & intentionem possidentis.*

38 Pos-

38 Possessio non acquiritur sine animo.
39 in Praescribente servitutem semper praesumitur mala fides, quia habet contra se praesumptionem iuris communis.
40 Mala fides vnde probetur.
41 Mala fides semper videtur continuari in eo qui idem est numero.
42 Burggraviatus quid, & quid ab antiquo fuerint Burggravij.
43 Burggraviatus an sit principatus.
44 Germaniae consuetudine notoria nullus reperitur princeps seu dominus, qui à loco aliquo denominationem recipiat, quem non possideat, vel olim possederit.
45 Denominatio semper fieri debet à potiori seu digniori.
46 Burggravius Schonstatensis eandem omnino iurisdictionẽ exercet quam ipse Imperator, estq; vnum vtriusq; tribunal.
47 Iurisdictio Imperialis nullis territorij limitibus astricta est, sed vniversaliter se habet.
48 Iurisdictionis vniversalis possessio extenditur de vno actu ad alios, quatenus non docetur de contraria quasi possessione.
49 Praesumitur generaliter, quod olim fuit, idẽ & hodie esse.
50 Dominus semel qui fuit, etiam de praesenti est dominus.
51 Dominiũ nostrũ sine facto nostro nõ amittitur.
52 Determinatio plura determinãtur, plura determinat.
53 Verbum Gericht etiam in dubio accipitur in potentiori significatu, & omnimodam iurisdictionem & Imperium quoq; complectitur.
54 Gabellas sine auctoritate summi principis vel praescriptione temporis immemorialis ne in proprio quidem teritorio instituere licet.
55 Imperator alieni territorij dominis sine iusta caussa praeiudicare velle non censetur.
56 Territorium an ex gabella pbetur, remissive.
57 Protectio singularis & privilegiata ex caussa accidentaria peculiariter acquisitorum colonorum censualium nõ praeiudicat ordinario territorij domino.
58 Venationem Domini terrarum in suis territorijs prohibere solent, non in alienis.
59 Venationis prohibitioni subditi difficulter acquiescere praesumuntur.
60 Verbum Herligkeit synonymum cum verbo Halßgericht.
61 Qualitas rei dignoscitur ex nomine.
62 Qui nihil excipit, nihil reservat.
63 Exceptio vnius vel plurium est inclusio aliorum non exceptorum.
64 Titulus verus non nisi vnicus esse potest.
65 Actus pbibitorius in parte conservat ius integrale in vniverso districtu.
66 Territorium respectu iurisdictionis praesumitur esse vnius nominis.
67 Iurisdictio, vt servitutes aliaq; iura incorporalia, indiuidua est.
68 Castrum concessum per principẽ videtur concessum cum omnibus iuribus & iurisdictione.
69 Territorium an cum castro veniat remissive.
70 Rotenburg olim Burggraviatus fuit & tãdem etiam Ducatus celebris.
71 Landtvogthey non certum territorium, sed extraordinariam aliquam specialiter a Caesare concessam potestatem ordinariam statuum iurisdictionem nullo modo infringentem designat.
72 Reipublicae interest ne quis re sua male vtatur.
73 per Iurisdictionem concessam iudici speciali non intelligitur sublata in illo casu iurisdictio iudici generali.
74 Iurisdictio iudicis ordinarij in caussis privilegiatis nunquã videtur sublata per dationẽ particularis iudicis in certo genere caussarũ & personarum.
75 Iurisdictio specialis alicui cõcessa in dubio cẽsetur attribui cumulative non privative.
76 Landgericht / Geleidt / Wildtpahn / vnnd andere Burggrauethumbs Herligkeit indiuidua iura territorij sunt.
77 Iuri des Gelaites inest nõ tãtum securitas & defensio stratarũ publicarũ, verũ etiã punitio facinorosum, sine qua illa consistere non potest.
78 Idem ius est meri Imperij, quo malis hominibus purgare provinciam praeses iubetur.
79 Verbum potestas in materia iurisdictionali donotat Imperium.
80 Possidere duobus titulis iustis diverso tempore concurrentibus possibile non est.
81 Praescriptio ex possessione dicitur caussari, & quidem quieta & pacifica, nec interrupta.
82 Praescriptio etiã tãti temporis cuius initij memoria in contrariũ non exstat, non iuvat quando producitur titulus vitiosus & invalidus.
83 Tituli defectus non modo praescriptioni officit, sed etiam malam inducit fidẽ, vbi dominus territorij est in vniversali iure, & possessione notoria meri Imperij.
84 Possidendi initium tunc demum nasci videtur, cum superior scire & pati coepit, vel cũ adversarius titulum nactus fuerit.
85 In quasi Possessorio sine titulo vt quis constituatur, non sufficeret vnius actus etiam sciente superiore, sed consensus & patientia eiusdem per plures actus sive vices requiritur.
86 de Iurisdictione retinenda & excludenda pscriptione vbi agitur, sufficit cõstare, quod aliquid ptinens ad iurisdictionẽ exercuit, dũmodo sciuerit iurisdictionem in totum sibi competere.
87 Iurisdictionem si quis habet in certo territorio vbi sunt plura castra & in vno solo vsus fuerit iurisdictione retinebitur possessio in omnibus castris eiusdem territorij.
88 Documenta publica in alieno territorio non probant.
89 Iurisdictionis quasi possessio non probatur per actus aequivocos.

IN

IN NOMINE
Domini. Amen.

PRAESENS causa inter Illustriss. dom. actorē, & Schonstadenses 18. Septembris. Anno &c. 83. per sententiam definitiuam in Camera decisa, & reuisioni iam subiecta, Anno 1526. 23 Nouēbris introducta fuit, iurisdictio fundata, & partium prorogatione per litis contestationem, & sæpissime iteratas Cameræ interlocutiones, quibus ad finem vsq; Cameralis instantiæ partes agendo vtriusq; quod decebat, acquieuerant.

Vltimæ conclusiones Illustriss. Dom. n. 147. in decisione causæ plane non fuerunt attentæ, tanquam nil noui in facto deducētes, sed ijs tacite reiectis, de denegatis D. Selstatij petitionibus causa pro conclusa acceptata fuit Quod ipsum cum petitionibus quoque Schonstatensium 10. Decemb. Anno &c. 79. & 12. Septembris. Anno &c. 83. factis, in effectu conuenit. Casus vel causæ status in controuersia hac ante litem in Camera captam, multis retro annis, tam iudicialiter, quam extraiudacialiter, varie inter partes agitata, & diuersissimarum rerū atq; iurium implicatione magis, quam in pro prijs suis terminis dubia & difficilis sic formari potest.

Status Controuersiæ.

VTraque pars conqueritur se ab altera turbari in antiquiori sua quasi possessione der Freischlicher Obrigkeit in pagis & locis cōtrouersis. Et Illustr. Dom. quidē ad colorandos & iustificandos actus suos possessorios, titulum allegat Burggrauialē cum suis Iuribus, honoribus & ptinentijs, ab Imperatoribus in feudum sibi & maioribus concessum & confirmatum, iam inde ab anno 1273. Non ius reorum sub finem positionalium, ex transactione Lodouici Palatini, de Anno 1453. & decreto fœderis Sueuici de Anno 1507. demōstrare intendit, quod nimirum per transactionē illam, & decretum Schonstatenses, quantum ad Hohe Freischliche Obrigkeit attinet, inter muros & pomeria vrbis suæ conclusi & redacti sint.

Illi contra ad colorandos & iustificandos suos quoque actus possessorios, allegāt iura Imperij in controuerso districtu, per incorporationem arcis Imperialis & inde dependentis præsidiatus, siue der Käyß. Landtvogtey ad se translata.

Secundo priuilegium Caroli IV. Imperatoris de tuendis vijs regijs, siue stratis publicis, oder Reichsstrassen/ & persequēdis vbiq; facinorosis ipsis concessum Anno 1347.

Tertio venditionem Anno 1427. inter Burggrauios & ipsos initam.

Ad ostendendū vero nō ius Illustr. Dom. dicunt Burggrauiatum in suo primordio, siue origine nil aliud fuisse, dann ein Herrenhauß gegen der Käyß: Burgk vber/ ohne einige Obrigkeit/ Grāntzen/ Stock oder Galgē/ Et quod prætensæ præfecturæ ad quas trahit I.lust. Dom. pagos illos controuersos, nullo modo pertineant ad Burggrauiatum, sed ex particularibus causis longo post tempore fuerint acquisitæ. Transactionē Palatini, & decretum fœderis ita interpretantur, vt nil inde Illustr. Dom. accessisse, nec sibi quicquam decessisse, asseuerent.

Prætendunt insuper præscriptionē immemorialem in argumento generali singulis pagis præmisso, postea in additionibus suis, Anno &c. 35. exhibitis, Schonstatenses alios pagos plures adducunt in eodem controuerso districtu sitos, in quibus non minus, quam in pagis ab Illustr. Dom. articularis meri Imperij ius ab immemoriali tempore exercuerint.

Mox eodem Anno Illustr. Dom. in præiudicialibus & peremptorialibus suis varijs Reorum titulis contrarietatem siue incompatibilitatem obijcit. Tria vrgens potissimum: Primo, quod antehac nullū alium titulū der Fraischlichen Obrigkeit coram diuersis conuentibus statuum fœderis Sueuici allegarint Rei, quam dictā venditionē de Anno 1427. Secundo, quod antehac Illust. Dominis de turbatione subinde conquerentibus soliti sint opponere singulare suum priuilegium, de persequēdis facinorosis in aliorum Dominorum territorijs. Tertio, decretum fœderis, cui paruerant Schonstatenses appellatione ab Imp. Maximiliano I. reiecta, tollentes eiusdem Imperatoris iussu die vffgerichten Stöck/ Blöck/ Heußlein / Thürnlein/ vnd die vffgeworffene Gräben/ ex quo pro confessis & iudicatis eos vult haberi Illustr. Dom.

Quæ præterea pluribus alijs additis articulis vtrinque deduxerunt partes, in hac cardine versantur, quod Illustr. Dom. perpetuo & vniformiter in veteri Principatu Burggrauiatus Anno 1363. à Carolo IV. consensu Electorum denuo solenniter constituto atque formato, eiusq; iurib. h. e. Lehē/ Landtgericht/ Geleidt/ ausserēdig der Statt/ Wildpahn vnd andere Burggraffthumbs Herrlichkeiten

in venditione castri & syluarum expresse reseruatis, & transactione Palatinorum Friderici & Ludouici, nec non Harrensi, tandemque decreto fœderis subinde cõfirmatis & defensis se fundat. Schonstatenses vero Burggrauiatum illum extenuantes, iurib. Impp. plene & omnimodo ad se translatis, & si quid istorum Burggrauij forte habuissent per venditionem acquisitis, immemorialique tempore possessis nituntur. Qualia autem sint hæc fundamenta vtrinque allegata, infra suo loco explicandum erit. Nunc de actione videndum.

De actione.

Ex Actis patet, plurima tam in petitorio, quam in possessorio ventilata: Imo omne ius ex parte actoris præsertim in ius deductum: ad possessorium tamen præcipue se astrinxerunt partes, multis hinc inde factis declarationibus tam ante, quam post probatoria. Actor quidem in conclusione numero 31. in der probation Schrifften *numero* 117. In Replicis *numero* 119. In exceptionibus *numero* 144. Rei in exceptionibus *numero* 108. & conclusionibus *numero* 144. Verum post multos demum annos causa ad finem fere ꝑducta, actor in triplicis *numero* 136. & in conclusionibus *numero* 147. vehementissime vrget, non solum possessorio, sed etiam petitorio simul actum, & desuper etiam pronunciandum esse, Quod Rei arbitrio Iudicis ita permittunt, vt interim tamen plura se probare potuisse asserant, si petitorium se intendere ab initio actor protestatus fuisset.

Quamuis igitur negatoria tam ex verbis libelli summarij in jhrer Fraischlichen Obrigkeit, quam ex clausula salutari dari posse videatur: conclusiue tamen tutius existimatum est, vtili interdicto vti possidetis insistere: ita tamen, vt † in hoc litigiosæ iurisdictionis negotio, causa proprietatis cum suis titulis & origine nõ possit separari, ob seqq. maxime rationes.

1

Primo, quia † probatio Dominij siue tituli antiquioris facit præsumi antiquiorem possessionem, *ut in apostil. ad Bart. in l. si duo in pr. num. 4. super verbo qualiter vti possid. cum alijs allegatis per Tiraq. in tr. le mort. Saysic le vrs. in 5. declar. 6. p. num. 12.* Cum quilibet † præsumatur possidere ex titulo præambulo. *l. 2. vbi Bart. C. de acquir. poss. Menoch. in 3. remed. retin. possess. numero 736.* etiã in iuribus. *Alc. præsumpt. 23. reg. 2. n. 1.* Nec † vbi quis semel possidet aliquo titulo potest sibi causam possessionis mutare vel variare. *Alc. d. loco n. 4.* etiam noua superueniente causa, nisi primam possessionem possessor à se penitus abdicauerit. *l. qui bona. §. fin. & ibi Raph. Cuma. de acquir. poss. Ang. Aret. in §. nouissime. n. 4. Inst. de vsucap. Crotus cons. 75. n. 21. & 22. Bertrand. cons. 53. n. 11. vol. 3.* Quia † initiũ possessionis siue eius origo ac prima causa semper inspici debet. *l. clam possidere in pr. de acq. possess. l. nam origo, quod vi aut clam. l. cum heres in pr. de diuers. et temp. præscript. Zas. cons. 19. num. 6. lib. 1. & cons. 1. n. 107. lib. 2.* Siquidem ex causis originalibus † regulantur effectus rerum *Zas. cõs. 14. n. 48. lib. 1.* & effectus ex causa limitatur. *d. cons. 14. n. 52.*

2 3 4 5 6

Secundo, quod hic ab vtraque parte antiquior allegatur possessio, sed is † qui habet cum antiquiore possessione titulum obtinere debet, & præferri habenti iuniorem posssionem etiam titulatam, quia prima præsumitur iustior, secunda vero siue noua cẽsetur clandestina, & ipse possessor inuasor. *Boer. decis. 239. n. 14.* Itẽ si quis probet † antiquiorem possessionem sine titulo, & alter iuniorem cum titulo sc. adepto post possessionem: quo casu adhuc obtinere debet, qui antiquiorem possessionẽ probat, *Menoch. d. loco 71. 72. & seqq.* secus si titulus adeptus esset ante possessionẽ, quia tunc ille præferendus, qui probat de possessione cum titulo, quia magis iustificata est possessio virtute tituli, vt tunc noua possessio non præsumatur clandestina, vtcunque recentior sit, *Fr. Curt. Iun. cons. 108. n. 25. vol. 2. Crauetta cons. 258. n. 21.*

7 8

Tertio, si † æqualis sit temporis probatio, prodest alterius possessionem iustificari per titulum. *Bart. in d. l. si duo. Alex. cons. 81 n. 12. lib. 3. & cons. 99. n. 14. lib. 5.* qui addit rationem, quia præsumitur † quod possessio prior ad illum, qui habet titulum antiquiorem, peruenerit. *Boer. d. loc.* vbi tradit, quod data paritate † probationũ, probans possessionem cũ titulo, præfertur non habenti titulum, cum possessio † titulata sit fortior nõ titulata. Et Menoch. *d. loco. n. 733. cum seq.* per multa probat, quod iustum titulum ostendẽs obtineat, cum potiora iura † dicatur habere ille qui titulum habet. Hinc etiam articuli † sũper titulo seu proprietate ad coadiuuandum possessorium admittatur, cum in hoc iudicio non sint impertinentes, *Cæsar Contard. in l. anic in 2. limit. §. 9. n. 25. C. si de mom. possess. Menoch. d. loco n. 735. Tiraq. vbi supra n. 13.*

9 10 11 12 13 14

Quarto, cum ambo titulum & possessionem probant, sed vnus probat titulũ antiquiorem, tunc pro illo pronunciandũ est, *Menoch. ibid. n. 736.* sicut & pro illo, qui melius probat titulum *ibid. n. 738.*

Quinto

Quinto, quia tam illustriss. Dom. quam Schonstatenses se Dominos allegant, Dominus autem terræ qui habet iurisdictionalia (quatenus hoc probatum fuerit) ex eo quod Dominus est, fundat intentionem suam de iure communi, *vt per Boer. in consuet. Bitur. titulo des Costumes. §.24. in verbo est fond d' direct commun.* Et ita aduersus eum titulus probari debet. *Faber in §. retinendo. numero 4. vers. item nota. Inst. de interdict. Capicius decis. 209. n. 4. & 5. Contard. d. limit. 2. §. 8. numero 25.* Vnde possessorium † iurisdictionis quodammodo mixtum dicitur, eo nimirum respectu, quod necesse sit colorari possessoriam, & quia iuris adminicula desiderat, *Contard. ibid. n. 22. cum seq.*

17

18 Sexto, quia † titulus est necessarius in præscriptione: qualis & hic ex parte Reorum prætenditur iurium incorporalium, quæ concernunt personas, vt est iurisdictio, licet secus sit in præscriptione longissimi temporis, *Castr. in l. seruitutis in fin. de seruitut. Iacob Mandel. de Alba cons. 64. n. 42. p. 1.* Et quando ius commune est contra præscribentem, etiamsi non fundat intentionem agentis, *vt per Phil. Franc. in capite primo, numero septimo post gl. mag. de præscript. in 6.*

19 Septimo, quando † quis habet titulum vel concessionem super Iurisdictione à Principe vel alio, qui concedendi ius habet, tunc exercendo illam etiam in vno actu, vel contra vnum siue duos, retinet iurisdictionem in omnibus vel quoad omnes alios in eadem specie iurisdictionis. *Bart. l. 1. § Si quis hoc interdicto. numero 1. de itin. actuq; priua. Castrens. cons. 20. numero 2. p. 1. Boer. decis. 227. numero 4. Montan. de fin. regund. cap. 78. num. 10. 11. & 24.* Imo nullo alio existente in q. possessione contraria, tunc possessio vnius actus requirit ius vniuersale. *Felin. in c. auditis. n. 19. de præscript.* vbi etiam post Bald. dicit, quod † magis sit consideranda causa, quam exercitium ipsius actus, vt si illa sit vniuersalis vtentis, acquiratur vtilis possessio ex vna persona ad alias: item si intentio & animus facientis sit talis, quod vniuersaliter velit possidere in loco, quia tunc videtur Iurisdictionem in totum acquirere, *Innoc. in c. dilectus. num. 2. & 3. de Capell. Monach. Abb. consilio 71. nu. 3. p. 2. Alba d. cons. 64. numero 19. & latissime Marian. Socin. in c. cum contingat de for. comp.* Vbi autem † eiusmodi titulus desideratur, tunc etiam ex frequentia & consuetudine, vel exercitio aliquorum actuum, non acquiritur vel probatur ius, nisi super illis actibus, quos quis exercere consueuit, *d. §. si quis hoc interdicto. vers. Iulianus, vbi Bart. & alij:* sicut etiam quando alius vniuersaliter † possidet iurisdictionem, tunc exercitium in vno articulo, capitulo, vel loco non extenditur ad totam iurisdictionem, sed tantum præscribitur, quantum possidetur. *Monta. supra d. loco n. 15. cum seqq.*

20

21

22

23 Octauo, licet † tituli instrumento non probetur possessio, sunt tamen multi modi, quibus per instrumentum tam possessio quam dominium potest probari, præsertim in † antiquis, & quando constat probantem semel possedisse. *Abb. in c. cum nobis, de præscript. Socin. cons. 287. n. 12. vol. 2. Crauet. cons. 54. n. 11. VVesemb. cons. 21. num. 56. & seqq.*

24

Denique propter maximam hinc inde adductorum titulorum differentiam & varietatem, nec non allegatorum inconstantiam & disceptationem multiplicem, quorum etiam alij ordinarium publicum & vniuersale: Alij vero extraordinarium, speciale & priuilegiatum, imo priuatorum nonnullorum ius concernunt: sicque ad diuersos quoque fines tendunt, alios atque alios respectus & effectus habent, quidam denique cumulatiuum, vel potius subordinatum & subsidiarium, nullo autem modo priuatiuum exercitium concedunt, inferuntque, imo compatibiles quoque concursus nonnunquam pariunt. Vbi præterea & causæ siue motiuæ pro tempore priuilegiorum seu Commissariorum & delegatorum, vel in perpetuum etiam concessorum, itemque & verba & mens tam contrahentium partiumque, quam Impp. Principum, & confœderatorum aliorumque similium attentè obseruanda: sicut & pro euitandis contrarijs & absurdis intellectibus diligentiss. vtrinque obseruata fuerunt: cum etiam omnes † indulgentiæ & concessiones, quæ in præiudicium alterius possunt tendere, intelligi debeant, saluo iure partis aduersæ, etiamsi fierent per Principem motu proprio. *Ioan. And. in c. si motu proprio de prebend. in 6.* Nec merito quoque dubitatur, an & hodie: Reb. vt nũc stantib. vere adhuc omnia, vel quatenus & in quantum illa dici possint subsistere ac procedere, vnde actus etiam exercitos & allegatos: vt qui virtute prædictorum nõ vno eodemque modo, nomine & iure, sed pro personarum, rerum, temporum, locorum, aliarumq; circumstantiarum varietate ac separatis maxime & distinctis diuersorum dominorum iurisdictionibus hinc inde semper gesti sunt: ex principali

25

eorũ intentione causa & origine, imo voluntatis & cõcessionis etiã mutatæ clandestina, incerta, & ambigua sequenti non vniformi ratione & qualitate, sed respectiue aliter atque aliter, vel æquiuoce saltem intelligendos & diiudicandos esse, neminẽ latere debet. An igitur & quatenus illi ad rem faciant, probent, & præiudicent nec ne, circa singulos pagos, vbi de possessione tractabitur, inquirendum & demonstrandum erit. 26 Originis enim vitium ea quoque inficit, quæ inde sequuntur. *Zas. cons. 15. n. 45. lib. 1.* 27 cum † vitiosa, iniqua & morbida radix nullo vnquam tempore sanari possit, mala nimirum fide reclamante. *Idem Zas. cons. 16. n. 52. lib 2.* 28 Et limitata † causa limitatum producit effectum. *l. in agris de acquir. rer. dom.* prout semper inspiciendum quoque qua contemplatione aliquid dicatur vel fiat. *l. 4. §. ago de pact. dotal.* Item quando aliquid 29 † in sui origine habet certum statum, præsumitur ille semper adesse, nisi ꝓbetur contrarium. *Alc. præsump. 1. reg. 2.* 30 Et actus secretus præsumitur secundum causam suam præcedentem factus. *l. quædam mulier, de rei vind. l. 2. C. de acquir. poss. Crau. cons. 91. n. 9. Ioh. Cephal. cons. 272. n. 114. lib. 2.* Sicut & sequentes actus cum eorum qualitatibus ad proximos ex quibus fluunt, 31 quia † causa prima intuenda. *Zas. cons. 1. numero 107. & 108. lib. 2. Signorolus cõs. 96. numero 15.* Et à primordio 32 † tituli posterior formatur euentus. *l. 1. in fin. C. de impon. lucra. descript.* Quibus accedit, quod 33 in † actibus istis indifferentibus, qui iure singulari & priuilegiato, vel iure ordinario, & ꝓprio fieri possunt, potius respectu domini territorij actus priuilegiatus & singularis, ꝗ actus iuris proprij ꝓsumitur. Argumento eorum, quæ iure familiaritatis vel proprio fieri possunt: siquidem in iurib. istis incorporalib. non sufficit iure aliquo vti cœpisse, nisi ꝓbet se iure seruitutis vsum, *Zas. cons. 6. n. 8. lib. 2.* Maxime vbi Dominus territorij ꝓpter priuilegium hæc ꝑmisisset & non suo iure ꝓprio, ita quod potius contrarium inde eliciatur, vel saltem non ꝓbet concludenter, seu vniuoce talis actus, sed æquiuoce. *Socin. d. cons. 187. n. 20. & 23. vol. 2.* Aliàs quis facile deciperetur, & possessionem quam olim habuit, prorsus indebite sine suo facto amitteret. Deceptis 34 autem † non decipientibus iura opitulantur. 35 Nec interpretatio † admitti debet, per quam altera pars remaneret decepta & in damno *Crau. d. cons. 91. n. 11.* Idque maxime in præsenti variorum & promiscuorum iurium, qualitatum & circumstantiarum concursu locum sibi vindicat, vbi propter primæuam possidendi causam & intentionem contra Imperialia rescripta, priuilegia & concessiones speciales, altero Domino inscio mutatam, nulla prorsus cessatio vel negligentia imputari, aut obliuio defensionis & contradictionis objici potest, siquidem etiam causa extrinsecus accedente iusta, 36 non † aliter quis potest sibi mutare causam possessionis, nisi animo constituerit, se velle ex noua causa possidere, & de illo animo & intentione iuxta 37 quam omnes † isti actus possessorij considerandi & æstimandi sunt, *l. fin. quemadmodum ser. amitt*: expresse quoque constit. *Socin. consilio 131. numero 7. vol.* Sine † animo 38 enim † non acquiritur possessio. *l. 1. § adipiscimur, vbi DD. de acquir. poss. Tiraq. in tract. const. poss. p. 3. limit. 30. n. 52. 53. & sequentibus.* Hinc ne bona fide quidem talis possidere dicitur in casu tam claro, nedum præscribere accumulatiuam, multo minus priuatiuam & exclusiuam iurisdictionem, contra alios ignorantes, & qui nullo modo videntur habere animum amittendi possessionem, vel iuris sui oblitis esse, quorum etiam exercitium nunquam est prohibitum, neque de iure vel facto impeditum. *Abb. d. c. auditis. numero 7. & 14. de præscript.* etiam quouis longissimo tempore. Cum semper obstat mala fides, *cap. vigilanti & di. c. fin. eod.* 39 vt † quæ semper præsumitur in præscribente seruitutem, quia habet contra se præsumptionem iuris communis. *capite 1. de prescript. in 6. Alc. reg. 3. præsumpt. 5. in fin.* 40 Et eo ipso quoque † probatur, quod quis habet scientiam rei alienæ, aut scit se vti iure alteri debito. *Abb. d. c. vigilanti. n. 1. & d. c. fin. numero 3. Specul. in tit. de fructu & interesse. §. 1. vers. Si vero sit male fidei* nisi in contrarium probetur de scientia & patientia, sicque consensu veri & ordinarij Domini: tanquam prioris & antiquioris possessoris *Ias. l. qui in aliena. n. 49. de acquir. hered. Zas. cons. 2. numero 69. lib. Alex cons. 113. numero 9. cum sequentibus lib. 4. Dec. cons. 185. numero 14. & consilio 409. Socin. d. cons. 187. numero 21. & 22. volumine 2.* Alias enim quis vere diceretur clam possidere respectu possessionis aduersarij siue ordinarij, idque contra interdictum prætoris. *l. 1. vti poss. fid. Crauetta cons. 258. nu. 22.* Nec in æternum præscriberet populus Iurisdictionem in aliquo Castro, qui fuisset à principio malæ fidei, licet hodie sint bonæ fidei, 41 † cum semper mala fides videatur continuari in eo, qui idem est numero. *Socin. d. cons. 187. numero 26.*

An Actio

An Actio probata.

IN Quæstione igitur, *An probata actio*, ante omnia tituli, quos vtrinque vrgent partes discutiendi. Postea de possessione tam in genere quam in specie, quoad singulos Pagos inquirendum. Illustriss. Dom. vt supra dictum perpetuo & vniformiter in Burggrauiatu suo se fundat, vnde non immerito quæritur, quid † sit Burggrauiatus, & quid ab antiquo fuerint Burggrauij? vtrum officij tantum nomen (vt Schonstadenses volunt) an vero territorium importet, & quidem criminalem cognitionem & punitionem vt Illustriss. Dom. asserit.

44 Notum autem est, varios in Germania Burggrauios fuisse, præ cæteris vero Schonstatenses & Aldenstatenses excelluisse Burggrauios. Burggrauius Schonstatensis præponitur in ordine Aldenstatensi in literis L L L. in except. n. 122. Et *ibidem* in medio loco vterque ponitur inter Principes & Comites Imperij.

De Iurisdictione Burggrauij Aldenstatensis varia sunt loca in Iure Saxonico vt daß der Burggraue zu Aldenstatt sey der höchste Richter in der Statt Weichbildt *art.* 44. Item quod d. Burggraue præcipue iudicet Peinlich Clagen/ Item vmb Erb vnnd vmb eigen/ auch vmb Rain vnd Gräntzen/ *Art.* 47. *in gl. col.* 2. Et quod Schultheißen Ampt sit subordinatum Burggrauiatui. *art.* 16. 44. 45. Et quidam ex historicis Burggrauios ita describunt quod sint custodes pacis publicæ, qui gubernant iudicia publica, & omnem vniuersam exercent potestatem publicam loco Imperatorum. Quæ descriptio conuenit cum prima inuestitura Burggrauiorum nostrorum, de Anno 1273. & seqq.

Vt autem intra septa & terminos præsentis causæ nos contineamus. Dispiciendum quomodo actor definiat Burggrauiatum suum.

Ponit igitur in 2. positionali suo. Esse feudum imperij, cum titulo & nomine Principatus, habens seine Ehren vnd Würden/ Land/ vnnd Hohe Gericht/ Gelaid, Zoll vnnd Wildpann.

Quod feudum imperij sit, inuestitura docent, *literæ* A. B. C. *cum seqq. in* 4. *tom. prodat.* Duc.

Fürstenthumb.

45 AN vero † Fürstenthumb/ sciendum, quod in primis inuestituris appellatur tantùm Comitatus, sed aurea Bulla Caroli IV. de Anno 1363. *litera* D. expresse testatur ab antiquo Burggrauios Schonstatenses fuisse Principibus parificatos, sed libertates & honores suos neglexisse. vnde ipse Imperator Carolus accedente consilio statuum Imperij disponit, vt in perpetuum Illustrium principum iuribus, dignitatibus, libertatibus, & honoribus gaudere & potiri debeant, cum clausula cassatoria, & hoc quidem non tantum ratione personalis dignitatis, sed etiam ratione ipsius Burggrauiatus, qui nobile Imperij membrum existere ibidē dicitur: vel (vt electores loquuntur in ihren Consens Brieffen *literis* E. F. G. H. I.) von wegen deß Burggrauethumbs vn̄ Herschafften zu Schönstatt. Sic Burggrauiatus illo tempore cōsideratus ad minimum fuit Comitatus, Baronia vel dominium cum principali potestate, vel vt Germanice dicimus, eine Gefürste Graff oder Herrschafft.

Hinc in eadem Bulla & dictis literis consensus, quamuis adæquentur Principibus & Electoribus, ipso rei effectu quantum ad territorium siue Land vnd Leutt/ super quo ponderari possunt verba expressa, & prægnantes clausulæ dictæ aureæ Bullæ. Tamen & Cæsar & Electores eos appellant tantum spectabiles vnd Edel/ nō illustres seu Hochgeborn/ verum paucis post annis per connubia cum Imperatoribus & summis principibus vere & ordinarie Principum titulo potiti sunt. Nam & inuestitura Ruperti Cæsaris de Anno 1401. *litera* K. Burggrauijs Ioanni & Friderico, qui ibidem Hochgeborn appellantur, & quidem 16 annis, antequam Ducatum Vrslingensem consecuti sunt, cōceduntur Alle vnd Jegliche ihre Fürstenthumb/ Herrschafften/ Land vnd Leutte/ Landgericht/ Clöster/ Teutscheheuser/ Wildpan vnnd Zol/ subiuncta clausula cassatoria, tam concessorum, quam concedendorum. Quamuis autem Schonstatenses *in litera* D.D.D *in except. n.* 108. *producta* conentur demonstrare particulariter, non iure Burggrauiatus pleraque acquisita: tamen Imp. Carolus IV. in d. aurea Bulla & seqq. Impp. in inuestituris & confirmationbius suis vno complexu omnem ditionem Burggrauiorum, quam ante Ducatū Vrslingensem tenebant, sub titulo Burggrauiatus comprehendunt. Et pleraq; illa, quæ in d. litera D.D.D. notantur Burggrauij iam tum temporis possidebant: Et quod amplius est, idem Carolus IV. in seinem spruch vnd leuterung d. eod. Anno 1363. *Tomo* 3. *probat. Duc. numero* 69. *declarat*

feuda, quæ Burggrauij in Ducatu A. concedere alijs solebant, à solo Burggrauiatu dependere, his verbis: solche Lehen als sie von wegen deß Burggrauen Ampts zu Schönstatt leihen/ vnnd von alters geliehen haben / & quæ sequuntur. Multo ergo magis ea quæ circa Schonstatum, vbi radicatur Burggrauiatus, & inde nomen accepit, tanquam à digniori sua parte acquisiuere, pertinentiæ eiusdem sunt, ita vt hoc ipsum documentum D D D. Schonstatenses, quos excludit retorqueri posit.

Ehren vnnd Würden.

Sequitur in descriptione, quam actor ponit *in d. 2. position.* Ehren vnnd Würden. Quibus verbis intelligimus dignitates & honorantias habentes aliquam vtilitatem, vel exhibitionem operarum, vel signum obedientiæ. *Felin. in c. licet causam n. 1. & ibid. C C. de probat.*

Hanc qualitatem Burggrauiatus probat Actor ex primæua inuestitura, quod nimirum in ipsa vrbe habuerit Castrum officialem iudicio simul cum sculteto præsidentem, & duas partes omnium emolumentorum ex causis ciuilibus & criminalibus percipientem, censum, in 3. parte officij sculterij censum in Telonio, censum in omnibus agris, ab altera parte pontis, censum ex qualibet fabrica ferri, solidum annuum, item operas messorum &c.

Hæc etsi postea vendita Schonstatensibus. Tamen quid fuerit Burggrauiatus ab origine, & cur ab Imperatoribus & Electoribus appelletur, die Herrschafft zu Schönstatt satis ostendunt. Quod etiam fecit transactio inter Burggrauiatum & Schonstatenses de Anno 1391. *tom. 3. probat. Duc. numero septuagesimo sexto.* deß hohen newen Thurns wegen/ so die von Schönstatt vff das Alte Thurnstück bey der Burggrauē Vestē zu Schönstatt gebawet.

Deinde feuda tam ciuium quam nobilium in & extra vrbem à Burggrauiatu dependentia, indicant vetus dominium siue Herrschafft Burggrauiorum. videantur desuper inuestituræ, quæ habentur *d. tomo tertio numero sexagesimo sexto & sexagesimo septimo*, addendo eas, quas Schonstatenses ipsimet produxerunt in fasciculo quodam vigesimo sexto Octobris Anno &c. quadragesimo coram Commissario D. VVildner. & apparebit in varijs partibus districtus controuersi Burggrauiatus fundatus, etiam quoad directum dominium plurimorum locorum in ipsa vrbe & extra vrbem, alß zu Holler/ Hegheim/ Ober: vnd nieder Straßheim/ Steinberg/ Bornheim etc. Quibus in locis varia bona & iura, vt Acker/ Gärten/ Wiesen/ Felder/ Mühlē/ Zehenden/ Holtzgerechtigkeiten/ Schänckstätt/ vnd Weyher/ in Wälden/ item Gerichtbarkeit/ vnnd Kirchweyheschutz/ varijs Vasallis à Burggrauijs concessa sunt: Inter quæ non prætereunda feuda officialia deß Burggrauethumbs/ Erbcammerer Ampt/ Erbschencken Ampt: Addatur die Lehenschafft zum Wasserhoff quam Anno 1342. Burggrauij in venditione, facta VValdstrammero reseruarunt, vt in additionali Schonstatensium 94. in causa Hamelburgij inter easdē partes: & in transactione Palatini de Anno 1453. domum cesserunt Schonstatensibus. Et quod à Burggrauiatu dependeant prædicta feuda, probant inuestituræ von der Herrschafft deß Burggrauethumbs. Et facit argumentum ex supra allegata declaratione Caroli IV. de feudis Burggrauiorum in Ducatu A. quæ simul iuncta iudicio sunt, Illustrissimos Principes semp animo retinuisse Burggrauethumbs Herrlichkeit/ & iura in Venditione Anno 1427. reseruata.

Quod autem tam Imp. quam alij status quædam etiam feuda in vrbe, & controuerso districtu vasallis quibusdam concedunt, particularem rationem habet. Nam supra dicta feuda ab vniuersitate Burggrauiatus dependent, quæ facit, vt si quis vel Imp. certa quædam in hoc districtu sibi reseruasse, vel alios quoscunque quædam in eodem districtu acquisiuisse asserat, probare hoc necesse habeat.

Cū iam magis pateāt hæc verba, Burggrauethumb Herrschafft zu Schönstatt. Item Fürstenthumb/ Landt vnd vnd Leutt/ cum effectu accipienda esse, & ita territorium circa Schönstatt denotare, nō autem Principes, Barones, Comites siue Dominos sine territorio *per Iacob. de feud. verb. Comes num. 1. Menoch. de arbit. Iudic. Cas. 68. cum seq.* Quod & totius † Germaniæ notoria consuetudine probatur, vbi nullus reperitur talis Princeps seu Dominus, qui à loco aliquo denominationem recipiat, quēm non possideat, vel olim possederit, siquidem † denomninatio semper fieri debeat à potiori seu digniori. *Tiraq. de mera li. 9. §. 30. gl. 1. n. 4. vsque ad 10. iuncto n. 15.*

44

45

Landt

Land vnnd Hohe Gericht.

SEquitur in 2. positionali Land vnd Hohegericht/Probatur ex omnibus inuestituris & confirmationibus ac renouationibus Impp. In primis inuestituris nominatur Iudicium prouinciale, omne iudicium indicans. Quod argumento est, à primordio omnem iurisdictionem tam ciuilem, quam criminalem huic iudicio inesse: idque transactione Harrensi confirmatur. Pertinentia Burggrauiatus esse, eædem inuestituræ, & quam plurima in hac & in alijs inter easdem pendentibus causis edita documenta clarissimi ostendunt.

Prima na quæstio est: quomodo vel quatenus iudicio prouinciali inhæreat die Fraischliche Obrigkeit? & sane respondetur, omnia criminalia pertinere ad cognitionem deß Landgerichts per modum purgationis siue illa fiat per duellum, de quo videtur Kampffgerichts Ordnung *numero 81. tomo 3. probat. Duc.* siue per testes & iuramentum, vt docent die inzicht Sachen/in causa Teutschmeister contra Brandenburg/vbi patet ipsos cipes Schonstatēses ab hoc genere iudiciariæ purgationis non fuisse exemptos: Et ne hodie quidem se & suos Hindersassen in eo exemptos esse, ipsimet innuunt in conclusionibus *numero* 140. sed restringunt dictam cognitionem ad voluntariam tantum. Item ad sententiam absolutoriam, non etiam condemnatoriam. Verum quidem est non procedere iudicium hoc per capturas personarum: attamen per impetratas citationes tam contra reos accusatos, prout pluribus declaratur in der Kampffgerichts Ordenung/ quam contra diffamantes, futuros necessarios oppositores seu contradictores, quatenus accusationem criminalem perimi nolint, per institutam purgationem, vt in dictis inzicht Sachen.

Et quamuis nusquam doceatur de certa formula aliqua condemnationis facinorosorum ahm Landgericht/excepta declaratione Banni contra contumaces, sed simpliciter in purgantibus extra duellum talis formula recepta sit. Litera enim habet, ita vt non purgantes se propriæ infamiæ relictis vel ordinariorum suorum Magistratuum animaduersioni commissi videantur, eo ipso nimirum, quod non sunt absoluti: non tamen interesse, quod in nostro controuerso districtu Illustrissimus Princeps concurrente Burggrauiatus territorio nocentes persequitur vsque ad portas vrbis: Innocentes vero tuetur aduersus Schonstatensium & quorumuis aliorum persecutionum, vna etiam actione iniuriarum pœnali contradeficientes oppositores. Quæ res planissime declaratur in articulis Illustrissimi Domini probatorijs iunctis, præsertim extracta ordinationis de Anno &c. 98. in dicta causa Teutschmeisters.

Concordat præter alios testis Illustriss. Dom. tertius im Ampt Steinbach ad 4. interrog. 10. sui positionalis in facto priuigni sui, cuius occisorem ipse accusauit am Landgericht & contra eundem obtinuit.

Verum vtut se ista nunc habeant duplicit er inesse iudicio prouinciali die Fraischliche Obrigkeit inferri potest.

Primo per se, virtute vniuersalis Iurisdictionis Burggrauio ita concessæ, vt vice Imp. in dicto iudicio præsideat omne iudicium iudicans: Et sic † eandē omnino iurisdictionem exerceat, quam ipse Imperator, sitque vnum vtriusque tribunal. *Couarr. pr. quæst. c. 4. n. 4.* Cui iurisdictioni Imperiali † nullis territorij limitibus astrictæ *Crauet. cons. 128. n. 2.* Sed vniuersaliter se habenti: saltem quoad diuersas prouincias Imperio subiectas. *Phil. Franc. in c. Romana. §. contrahentes, n. 13. de foro comp. in 6.* patrocinatur iuris communis præsumptio omnibus alijs quacunque dignitate præditis resistens. *Couar. in relect. C. possess. p. 2. §. 3. numero 3. per text. in c. 1. de præscript. in 6.* Quæ etiam præsumptio facit, vt hæc † possessio iurisdictionis vniuersalis extendatur de vno actu vel articulo ad alios, quatenus non docetur de contraria q. possessione. *Tiraq. de retract. leg. §. 36. n. 12.* Et sit extensio eiusdem iurisdictionis vniuersalis nomine eorum, quæ ad illam expediendā necessaria sunt. Cum enim ad constituendum & exercendum dictum iudicium prouinciale multa requirantur, quæ sine Imperio explicari non possunt, vt commissio citationis, Proclamata. Bannimenta, saluus conductus, qui Reis non tantum verbaliter, per citationes alibi executas: sed etiam realiter in varijs locis prouinciæ Schonstatensis siue Schönstatter Kraiss/ vbi antiquitus celebrari consueuit, præstari solet, præparatio & loci munitio ad peragendum duellum, conuocatio armatorum ad tuitionem dicti Iudicio, Imperatio silentij & pacis sub pœna mutilationis membri, manifestum est ex irrefragabili iuris ratione,

46

47

48

in locis illis vbi talia fiunt, Illustr. Dom. virtute eiusdem concessionis vniuersalis Iurisdictionis etiam Imperium ad consequenda illa concessum videri *lege 2. de iurisdictione*, sicque longe aliam rationem esse locorum, in quibus ipsum Iudicium prouinciale constituitur, & eorum vnde forenses & extranei passim huc confluunt: Vnde secundo consequenter inducitur, huic iudicio prouinciali, quantum quidem ad controuersum districtum attinet, inesse die Fraißliche Obrigkeit/ ratione adiuncti territorij Burggrauiatus, cui illud vnitum & incorporatum est, prædicta necessitate exercitij illius iudicialis ita exigente.

Quamuis igitur ex singulari causa denegatæ alibi iustitiæ, vel difficultatis conueniẽdi ex varijs Imperij prouincijs olim causæ deuoluerentur, sicuti videre est in der Kampffgerichts ordenung:

Tamen vti dictum, ipsum iudicium prouinciale non in alieno, sed Burggrauiatus territorio fiebat: vt in Castro zu Schönstatt / vel ad S. Dionysium post alienationem eiusdem. Item zu Holler vnnd Wasserhof. Similiter post alienationem interioris Iurisdictionis & dominij dictorum locorum virtute reseruationis, item zu Rodenstein/ Carbenheim Kleingüll/ Steinbach im Thal/ Christenberg/ zu Hausen/ de quibus omnibus & singulis locis constat, quod & olim fuerint de Burggrauiatus territorio (vt ipsamet vrbs Schonstat, pro parte, ex primæuis inuestituris, postea exempta reseruata facultate exercẽdi ibidem iudicij prouincialis, & immunitate domiciliorum pro scriba & nuntijs dicti iudicij) & nec dum exempti sunt, sicut de Wasserhof & Holler expresse disponit transactio Harrensis. De Carbenheim probatur *numero septuagesimo octauo tomo tertio prob.* Duc.

De reliquis notorium, den Newen Baw zu Lichtenstein belangendt inter eosdem producta, vbi Imp. Fridericus Anno Millesimo Quadringẽtesimo Quinquagesimo sexto promittit Illustriss. Dom. daß sie jhr Landgericht deß Burggrauethumbs zu Schonstatt ausserhalb der Statt Schönstatt in dem benanten Burggrauethumb/ oder andern seinen Land vnnd gebiet halten mögẽ/ in massen sie das in der Statt Schönstatt halten.

Ex quibus liquet, iudicij prouincialis locum solennem esse ipsam vrbem, facultatem vero transferendi dari ex priuilegio, non quocunque sed in alia loca eiusdem ditionis Burggrauiorum.

Idem probatur ex Kampffgerichts Ordnung circa finem, idique patet quod Burggrauij in qualitate non simplicis Iudicis, cui vniuersitas earum sine territorio delegata esset, sed in nomine & qualitate der Herrschafft deß Burggrauethumbs soliti sint exercere Jhr Land vnd Kampffgericht/ & intra districtum vnius milliaris gerings vmb Carbenheim conuocare subditos ad arma von Hauß zu Hauß/ daß sie der Herrschafft den Schutz sollen helffen halten zum Kampffgericht/ & quę sequuntur.

Quare sufficit hic ad fundandam intentionem Illustrissimi Domini ac Iuris probasse, Burggrauios iam inde à prima inuestitura, in hac prouincia Schonstatensi siue controuerso districtu, & quidem in specie in locis supra expressis nomine & vice Impp. resedisse & exercuisse iudicium Prouinciale, cum qualitate der Herrschafft vnnd Herrligkeit/ vt loquuntur inuestituræ & confirmationes, & Kampffgerichts Ordnung in d. loco.

Is vero qui propter hoc iudicium prouinciale & adiunctum eidem Burggrauiatur territorium, alia quoque ordinaria oppidana & vicana iudicia in hoc ipso districtu extitisse asserit, quæ propriam siue concurrentem cum eodem, siue ab eodem exemptam Iurisdictionem habuerint, difficillimas partes in probando sustinet, propter vehementem præsumptionem Iuris, quæ assistit intentioni actoris, fundata de iure communi dupliciter, tum ratione vniuersalis Iurisdictionis prouincialis, quam vice Impp. exercet: tum territorij Burggrauiatus, *per ea quæ notantur in c. 1. & ibi Franc. & alij de præscript. in 6.*

Illud constat in criminalibus per modum purgationis, vti supra dictum, in causis item hæreditatum, in omnibus realibus, in causis finium, publicorum & priuatorum flaminum, in omnibus causis possessorijs adhuc hodie locum esse iudicio prouinciali, etiam aduersus Schonstatenses, idque Iure territorij, vt diserte explicat Harrensis transactio de Anno 1496. Dicit enim daß die Güter ausserhalb der Stattmawern/ im Landgericht deß Burggrauethumbs gelegen/ vnnd die Leutt ausserhalb der Statt in demselben gesessen seyn. Vnde etsi cæteri status fere omnes successu temporis sese constitutis, & autoritate

ritate Cæsarea confirmatis proprijs iudicijs exemerint, ab hoc Landgericht/ tamē Schonstatēses remanserunt nō vt prætendunt vicinitatis causa, siue friedlicher Nachbarschafft halben/ sed quia Landgericht in hoc districtu ius territorij habet vnitum. Quod etiā clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis per transactionem Palatinam & Harrensem confirmatis in hunc vsque diem retinuit. Quod autem iudicia quædam prouincialia, siue Käyserliche Landgericht/ in Imperio ordinarijs locorum nō derogant, sed concurrunt in cōtrouerso districtu, nil facit: quia præter Landgericht ipse Illustrissimus Dominus Actor est ordinarius cōcurrens. Iura enim Principatus, Comitatus Baroniæ circumquaque in hac prouincia siue Schonstatischen Krayss in primis, medijs & vltimis temporibus. Actor & maiores eius quæsita habuere, vel Burggrauiatus sui titulo, vel aliorum Principū, Comitum, Baronum & Nobiliū terris quoquo modo in se translatis, vt patet ex dicta litera D. D. D. à Schonstatensibus producta, & simul vniformi Burggrauiatus iure iam inde à tempore Bullæ Carolinæ possessis, vel factis alienationibus fundorum præcipuis, & eximijs territorij iuribus solenniter reseruatis, vt constat ex antiquissima venditione Wasserhoffs/ & venditione Castri & syluarum. Adde, quod ipsi Schonstatenses *in conclusione numero centesimo quadragesimo quarto, folio vigesimo* Iudicio prouinciali non opponunt aliud quoddam ordinarium extra vrbem vff dem Land/ sed simpliciter Ihr Statt vnnd Bawerngericht zu Schönstatt. Quæ ipsorum iurisdictio vrbana partim à Burggrauijs causam habet, vt constat ex dicta venditione Castri, partim ex simplicissima colonaria iurisdictione diuersis temporibus singulariter acquisita, de qua infra.

Hohe Gericht.

Sequitur in descriptione *d. 2. positionali* Hohegericht. Quod præter Landgericht Burggrauijs alia quoque particularia; & quidem etiam criminalia iudicia concessa fuerint, probatur ex clausula illa Bullæ Carolinæ, qua cauetur, ne milites, clientes, Ciues, Rustici & omnes seruitores & subditi eorum, etiam omnia bona & homines ipsorum coram vllo alio iudicio, quam coram Burggrauio, & eorum Iudicijs citari possint. Et quod talia iudicia pertinentia Burggrauiatus fuerint, cum ex illa ipsa clausula colligitur, tum etiam ex eo, quod quidquid in dicta Bulla disponit Carolus, intuitu Burggrauiatus Schonstatensis facit, vt patet in illis verbis. Attententes quod Burggrauiatus Schonstatensis sacri Imperij nobile membrum existit: Et ita declarant principalem intentionem disponentis, secundum quam omnis actus dijudicandus, præsertim quia hic nuncupatim & nominatim tam in dicta Bulla, quam Electorum Consensbrieffe expressa fuit. *Tiraquellus supra d. §. 30. glossa 1. numero 4. cum sequentibus.* In eadem Bulla etiam hoc habetur, quod Burggrauij super omnibus causis iuris sententias ferre possent, siue corpus siue res concernant, vel honorent, & hoc in Imperiali Curia vel alibi, vbicunque contingat Principes præsidere Iudicijs vel loco Scabinorum.

Ergo vt alij Principes, ita etiam Burggrauij in terris suis citra Schonstat. Inde enim radicatur tam Iudicium prouinciale, quam Burggrauiatus Scabinos suos habuisse de ciuilibus & criminalibus cognoscentes.

Vt autem ad clariora & magis specialia perueniamus notandum.

Primo, quod Rei ad primam positionalem Actoris respondent, se illum verum credere, sed propterea non eludi titulum der Käyserlichen Landvogtey: qui titulus quomodo subsistat, postea suo loco in puncto elisionis ex parte Reorum videbitur. Nec sufficit, quod contenta d. articuli credentes Rei aperte fateantur, dass sie die Fraisch vnnd Hohe Gericht in den Wälden/ vnnd zu Tieffloch von der Hertzogen Voreltern erkaufft.

Quod ergo olim Illustrissimi Duces merum Imperium habuerint in syluis, itemque zu Tieffloch/ constat ex confessione reorum, vnde adhuc hodie de eodem iure der Fraisch Obrigkeit præsumendum pro actore, nisi specialiter doceatur, quomodo & quatenus alienatio siue transactio facta fuerit in Reos, cum generaliter † præsumatur quod olim fuit idem & hodie esse, *Alc. de præsumpt. præsu. 25. n. 1. reg. 2.* Et qui semel † fuit Dominus etiam de præsenti est dominus, prout idem *præsumpt. 20. n. 1.* vbi rationem addit, quia dominium † nostrum sine facto nostro non amittitur. *lege id quod de Regulis Iuris.* Imo in hac ipsa nostra iudiciali instantia

49

50

51

in ex-

in exceptionibus suis ita se fundant in tit. der Käysserlichen Landvogtey/ vt simul etiam venditionẽ Burggrauiorũ vrgeant de Anno 1427. quasi quid reliquum fuerit Burggrauijs, sibi concessum sit. Secundo loco dicunt Schonstatenses in except. numero 108. folio 73. daß das hohe Gericht bey Carbenheim olim verisimiliter fuerit dominorum von Neuburg/ à quibus emerint Burggrauij circa annum 306. de quo in d. litera D. D. D. Et bene notandum, quod in dictis exceptionibus ponunt. dasselbig hohe Gericht sey herwerts gegen Carbenheim gestanden/ referentes se ad dicta 52. testis Duc. im Ampt Juhrolßberg. Hoc autem iudicium ad pagum Langenheim per Burggrauios translatum esse, probatur ex testibus ad 48. addit. de Anno 35. & per extractum deß Landtbuchs tom. 3. probat. Duc. num. 79. fol. 207.

Tertio loco constat etiam de Hohe siue HalßGericht zu Carbenheim ex Landbuch. Illud autem in quæstione hic relinquitur, An loca cis aquas versus Schönstatt pertinuerint ad dictũ Hoch siue Halßgericht zu Carbenheim: nũc Langenheim vnd Cleen: Schonstatenses perpetuo separant districtum cis aquas, ab altero trans aquas situm. Verum supra allegatus locus circa finem der Kampffgerichts Ordnung probat vniformiter dominium siue Herrschafft competijsse Burggrauijs vtrobique von Hauß zu Hauß intra milliare rings vmb Carbenheim. Facit hoc vetusta donatio Conradi Burggrauij de Anno 1314. tomo 3. probat. Duc. numero 83. folio 315. in qua etsi colonaria & censualia tantum Iura Ecclesiæ Hohenbergensi donantur in varijs pagis ibidem nominatis, tam cis quam trans aquas sitis, causa tamen donationis, quam ponit, amplius aliquid innuit, nimirum pro anima, si forte ipse aut maiores sui subditos illorum pagorum male tractassent. Probatur item ex confessione Schonstatensium de Anno 1491. quæ habetur d. tom. 3 prob. Duc. num. 78. folio 205. vbi pariformiter fatentur, das Gebiet zu Juhrolßberg vnnd Carbenheim esse Illustrissimorum Ducum.

Denique eadem vniformitas districtus vtriusque trans & cis aquas ex ipsa venditione Anno 1427. probatur, dum VI. pagi ex hoc ipso districtu intra aquas venduntur, cum reseruatione der Lehen/ Landgericht/ Gelaitt/ Wildpahn/ vnnd Burggrauethumbs Herrlichkeit.

Quarto, fatentur Schonstatenses in ingressu 217 exceptionalis, quod Comes Assenheimensis Anno 1364. cum oppido Steinbach vendiderit etiam Burggrauijs das Hohe Gericht. Negant tamen Landsburg (quod cis aquas situm sit) venditum fuisse cum Hochgericht. Verum si bene ponderentur verba dictæ venditionis, patet quod vniformiter vendita fuerint Steinbach/ Heldenburg vnd Landtsburg mit Dörffern/ Landt vnd Leuten/ allen Gerichten/ Wildpahn etc. zu ehegenanten Veste vnd Marcken gehörig. Pariter ergo determinat dicta venditio vtraque loca, tam cis quam trans aquas, siue materiam subiectã inspicias, siue generaliter, quod dicitur, determinationem † plura determinantem plura determinare *VVesemb. cons. 4. numero 77. cons. 9. numero 18. cons. 41. numero 146. Molin. in consuet. Paris. titulo 1. §. 2. gl. 4. in verb. sentent. de facult. numero 36.* Et notandũ quod † verbum Gericht etiam in dubio accipitur in potentiori significatu & omnimodam iurisdictionem & imperium quoque complectitur, hoc est, Obergericht. *VVesemb. cons. 95. numero 18. & seq.* multo magis hic propter prægnantissima verba mit Dörffern/ Landt vnnd Leuten/ allen Gerichten. Eadem vniformitas districtus præfecturæ Steinbacensis ad vtramque ripam probatur ex transactione de Anno 1535. in qua simpliciter Schonstatenses fatentur Illustr. Dn. Ad. Fraisch zu Pittenlange.

52

53

Quinto loco, etsi Schonstadenses hoc vnicum in omnibus actibus perpetuo vrgeant, vniuersum districtum intra aquas siue Schönstater Kraiß iuris Imperialis fuisse, tamen illustriss. Dom. Act. maiores olim iam in d. Schönstater Kraiß habuisse Fürstliche Recht vnd Halßgericht zu Rodenstein vnnd Herrenburgk probatur ex Replicis Schonstatensium *nu.* 23, in documento *num.* 21, vbi narratur quod Dux Zerigensis dicta loca cum dictis Iuribus fratribus Cremseris vendiderit Anno 1391. prout ipse iam ante emerat à Burggrauio Alberto. Quidquid autem sit de illa intermedia venditione Illustriss. Ducis, adhuc hodie in Camera cõtendunt cum Cremseris, quod illis in locis ipsis nõ competat Halßgericht: Forte ex eo, quod in primæua illa venditione Burggrauiorum negent summum illud

illud ius simul venisse, & consequenter nec per intermedium venditorem venire potuisse, quod is non habuerit. Illud constat Rodenstein adhuc hodie ad Illustrisimos Duces pertinere, quoad exercitium der Fraisch vti patet ex dicta transactione de Anno 1535. iuncta confessione Schonstatensium tom. 3. probat. Duc. n. 61. Adde quod in toto superiori districtu Nassenaw & Herrenburg etc. nec olim nec hodie Rei sibi vendicarunt die Fraisch vti colligere licet ex actibus relatis in 4. tomo probat. Duc.

Sexto, quoad loca vicina vrbi, præsertim vbi palos exercent Schonstatenses. Item Gräben/ Blockheuser/ Thürnlen etc. ibidem quoque Hohegericht ad Burggrauios pertinuisse, patet ex sæpe repetitis cõfessionibus coram Bundstedt/ de quibus dicetur infra in tractatione deß Bundts decrets.

Septimo, signa meri Imperij Burggrauios olim habuisse zu Holler vnd Wasserhoff probatur, quoad Holler ex casu relato in replicis n. 123. sub d. pago de Anno 1423. & sic quadrienniũ antequã d. Holler Burggrauij vendiderunt Schonstatensib. vbi colligitur nõ iure priæ potestatis, sed alio quodã prætextu. Alß ob das Halßgerichte daselbst von alters in das Reichsgericht zu Schönstatt gehöre/ quendam iam ab Hollerensibus captum fuisse traditũ rogantibus Schonstatensibus. Eò autem facilius permittere potuerunt Hollerenses ipsis Schonstatensibus, quod petebant, quia tum temporis criminalia in vrbe pro duabus partibus ad officialem Burggrauij pertinebant, Quo faciunt articuli super additionales 334. in causa Hamelburgij. Vẽdito vero Holler/ omnis superioritas siue Burggrauethumbs Herlichkeit reseruata. Quantum ad Wasserhofe fatentur Schonstatenses in conclus. *n.* 144. *fol.* 39. quod Burggrauij ante annũ 1453. habuerint Stock vnd Eysen. Manifestũ ergo est. quod olim Burggrauij pter duas partes das Hohegericht in vrbe, extra vrbẽ circumquaq; eadẽ habuerint Holler/ Wasserhof/ Carbenheim/ Cleẽ/ Herrenburg/ Rodenstein/ Tieffloch/ vnd in dẽ Wäldẽ/ & similiter in pfectura Steinbacensi intra & extra aquas. Quibus addatur pro superabundanti, quod Ottones pater & filius, itemque Ioannes, Palatini, habitantes zu Newenmarckt/ in inferioribus partibus controuersi districtus, nullum alium vicinum agnouerint, quoad Halßgericht vnd Herrlichkeit/ quam Illustrisimos Dom. Burggrauios, vti videre est ex veteribus attestationibus de Anno 1468. productis per Schonstatenses im Newdorffischen Salbuch ab initio. Vbi & illud obseruandum, quod ipsemet Schonstatenses in dictis inferioribus partibus non in iure illo suo der Landtvogtey/ sed Bauarico per bellum acquisito se fundant.

Zoll vnnd Gelaidt.

Sequuntur nunc Zoll vnd Gelaidt in d. 2. positionali. Quæ iura multis modis probauit Illustriss. Dom. A. Hoc tantũ contenditur, an sint pertinẽtię Burggrauiatus? Illud autem probatur ex vniuersitatis, & quidẽ inuestitura Ruperti Cæsaris de Anno 1401. exprimitur Zoll/ quod cum alijs iuribus ibi nominatis ita cõceditur, vti Burggrauiorũ maiores posséderunt. Sed planissimum hoc fit ex reuocatoria Caroli IV. de Anno 1366. lit. E. inter documenta Schonstatẽsia producta Dicit enim ibi Imp. quod iam antea concesserit Burggrauio Friderico Zoll vnnd Gelaidt/ eodem modo vt Comitibus de Wertheim/ Hohenloe vñ Braunecke alijsque Principibus imperij in jhren Herrschafften vnnd Gebietten/ quorum omniũ Zoll vnd Gelaidt/ non tam reuocat, quam verius suspendit ex speciali causa der Kayserlichen Hofhaltung/ commissa dictis Dominis executione, ibi, vnnd wöllen auch daß sie alßo bestellen/ daß in Herrschafften vnd Gebietten kein Zoll noch Gelaidt fürbaß etc. Quam ipsam suspensionem, cessante illa speciali causa desijsse postea, colligitur ex transactione Palatini Friderici de Anno 1386. vbi exprimuntur deß Burggrauen Zollstätt versus B. & F. vt in except. folio 3. numero 28. Et inde clarissime patet, quod non aliunde ex causa singulari, sed cum reliquis territorij iuribus ab Impp. istam acceperint, idque Iuris etiam communis præsumptio dictat, cum ne † in proprio quidem territorio liceat gabellas instituere sine auctoritate summi Principis, vel præscriptione temporis immemorialis, *Iacob. in verb. cum mero & mixto Imperio. n. 18. & seqq.* Difficilius enim præsumitur in alieno. Neq; † etiam præiudicare alieni territorij Dominis sine iusta causa velle censetur Impp. neque in suo quis alteri cõcedere aliquid præsumitur, nisi probetur, præsertim etiam cum facultate destituatur. *l. 1. & 2. C. noua vectig. instit. non poss.* Et quod ex † gabella territorium probe-

54

55

56

probetur, tradit. Menoch. *in 3. remed. vol. n.582.* VVesemb. *conf.12. n.37.* Illud tantum in supra dicta transactione accedit speciale, quod taxatur quantitas vectigalis, quoad ciues & mercatores Schonstatenses. Eandem transactionem postea in specie confirmat transactio Lodouici Palatini de Anno 1453. Et in venditione de Anno 1427. vniformiter hæc reseruantur wie andere deß Burggrauethumbs Herrlichkeit. Addendi quoque testes Duc. in quarta dilatione, die Zoll / Gelaidthauß vnndt Gelaidtmans zu Carbenheim / Item von Gelaiten von der Brücken zu Schönstatt / tam versus F. quam versus B.

Denique quæ passim in actibus habentur de illustriss. Dom. Gelaitt vnnd Landthuldigung quoad facinorosos, de quibus infra.

Ad hunc quoque punctum deß Gelaitts referri debet Illustriss. Domini Schutz vnnd Schirm zu Schweinheim vt testes passim zu Carbentheim: test. 4. in quarta dilatione: Wißbach: test. 21. im Ampt Fuhrolgberg / Weissenlohe: test. 44 im Ampt Steinbach: Et in pagis Abbatis Eberbacensis, tam intra quam extra aquas: test. 39. 40. 41. Im Ampt Steinbach: Quæ protectio dependet ex iure Burggrauiatus formaliter cohærens, cum sua ordinaria causa competentis vniuersalis iurisdictionis circa Schönstatt. Protegit enim ipse iure ordinario tanquam Princeps subditus territorij sui. Probatur ex dicta donatione Conradi vbi per omnia disponit, quatenus huic protectioni subditis debitæ non satisfactum &c. Deinde probatur ex aurea Bulla Caroli IV. iunctis Electorum Consensbrieffen / quod Burggrauij in ditione sua siue Herrschafft zu Schönstatt habeant milites, ciues, clientes, rusticos, subditos, sicut alij principes, quos ordinarijs iudicijs ita tueantur, vt non necesse sit ad alia prouocare. Rursus probatur ex loco illo circa finem der Kampfgerichts Ordtnung / quod dicti Burggrauij in qualitate der Herrschafft deß Burggrauethumbs per subditos suos armatos tueantur iudicia sua. Item antiquitus Asylis certis, tam intra quam extra vrbem constitutis defendebant delinquentes.

Inest igitur protectio dem Landtgericht / Gelaidt vnnd Burggrauethumbs Herrlichkeit. Protectio † vero Schonstatensium Hindersassen singula- ris & priuilegiata ex causa accidentaria particulariter acquisitorum Colonorum censualium, & sic non præiudicat ordinario territorij domino. *Socin. in c. recepimus. n.8. & 10. extra de priuileg.*

57

Vltimo in 2. positionali habetur Wildtpahn. Ex primæua inuestitura competit Burggrauijs tertia arbor & tertia fera. In venditione Assenheimensi & eiusdem confirmatione exprimitur Wildpahn. Denique in inuestitura Imp. Ruperti de de Anno 1401. & seqq. Impp. Burggrauijs plene conceditur die Wildtpan. Et in venditione de Anno 1427. idem reseruatur wie auch deß Burggrauethums Herlichkeit. Neque à Schonstatensibus controuertitur, deferentibus etiam pœnam der Wilprät schützen / n. 19. tom. 3. probat. Duc. Excepto, quod etiam hoc singulari iure Illustrissimis Dominis cōpetere asserunt. Sed & hic iuris communis præsumptio ipsis resistit. Prohibere enim † venationem Domini terrarum solent in suis territorijs, non in alienis, cum ad eam rem edictis pœnalibus opus sit; quibus acquiescant & pareant priuati. Quæ † acquiescentia tanquam naturali libertati repugnans in subditis difficulter, nedum in Schonstatensibus vel alijs non subditis præsupponitur, *Iacob. de feud. verbo & cum venationibus.* Concludendo igitur hunc punctum, apparet ex supra deductis, Burggrauiatum cum suis qualitatibus in 2. positionali expressis sufficienter probatum esse.

58

59

Et quantum ad limites attinet, quod is ab vrbe Schonstatensi incipiat: inde versus F. in B. in summis, medijs, & infimis locis se extendat. Nec vllus omnino pagus est in libello expressus, vel à Schonstatensib. per eorundem additionales in controuersiam vocatus, qui non contineatur tum in districtu deß Landtgerichts deß Burggrauethumbs / iuxta dispositionem transactionis Harrensis, tum in districtu deß Burggräuischen Gelaydts / secundū ea quæ supra in puncto deß Gelaydts dicta sunt, tum etiam in districtu deß Wildpan / similiter per ibi dicta, vel denique in districtu der Burggrauethumbs Herlichkeit: Quę vnà cum modo dictis iuribus extra vrbem reseruatur in venditione castri, de Anno 1427. Imo vt apertius dicatur, nullus pagus controuersus est, qui non sit in districtu der Burggräflichen Hohengericht / saltem prout illa ante venditionem sæpe allegatam Burggrauios

grauios possedisse expressissime antehac diuersis temporib. fassi sunt Schonstatenses, per notata in puncto der Hohen Gericht.

Expedito Burggrauiatus titulo, videndũ de transactione Ludouici Palatini de Anno 1453. Rei in responsionibus ad 116. positionalem fatentur dictam transactionem & articulum inde extractum quoad Wasserhofe/ sed negant sibi aliquid per illam derogatum quoad Fraisch Obrigkeit/ addentes, daß sie auch derhalben förmlich mit einander nit zusammẽ kommen. Postea tamen in conclus. n. 144. fol. 59. fatentur, quod Burggrauij Stöcke/ Bandt/ vnd Eyssen/ zũ Wasserhoff ante d. trãactionem habuerint, & quod inde lis orta fuerit, quia Schonstatenses extraxerint captiuos, auß der Burggrauen Eyssen. Vt igitur hæc transactio recte intelligatur excutiendũ est, quis tũ fuerit stratus inter partes nostras in controuerso districtu.

Castrum & sex pagi, item syluæ & Schultheissen Ampt iam vendita erant cum clausulis reseruatorijs, prout in sæpe allegata venditione zum Wasserhoff habebant Burggrauij, Stocke/ Bandt/ Eysen & maleficos ibi vinctos, quæ vera causa litis, ac sibi ipsis contrarij fatentur Schonstatenses: Quod ex nouiter in hac Reuisionis causa ab ipsis productis magis clarescit, nimirum ex attentatis & innouationibus ipsorum circa Fraisch/ quib. se acerrime opposuit tum Dux Albertus (vt et postea semper quamdiu vixit) ibidem habebant adhuc Burggrauij die Lehenschafft/ quam sibi reseruarunt olim in antiquissima venditione Waldstremeris facta, extra vrbem exercebãt Landtgericht zum Wasserhoff/ holler/ Carbenheim & alijs vicinis locis. Als im Burggrauenhumb vnd jhren Gebieten / vti loquitur Imp. Fridericus III. in priuilegio suo de Anno 1456. litera E. n. 68. in causa noui operis nunciatione, den Newenbauw zu Lichtenstein hett. &c. Sic etiam quæ pertinebant ad præparandum locum Duelli subditi ministrare cogebantur per edictum pœnale conuocati ad arma von Hauß zu Hauß/ intra milliare rings vmb Carbenheim/ silentium & obedientiam præstantes Burggrauijs bey Handt abhawen. Idq; non tantum respectu singularis iuris deß Kampfgerichts/ sed quia alioqui & ordinarie subditi erant Burggrauijs, quod ostendit verbum Herrschafft des Burggraffthumbs sæpe d. loco der Kampfgerichts Ordnung.

Quodque illa ministeria subditorum vere & cum effectu præstita fuerint, colligitur ex casu relato im Landtgerichts Buch / littera L. tom. 3. prob. Duc. fol. 256. vbi quidam in duello occisus Mercurij ante Palmarum Anno 1422. In partibus inferioribus Burggrauij. Tũ habebant præfecturam Steinbacensem extendentem se vniformiter etiam cis aquas vsque ad Landtsburg/ cum circumiacentibus Dörffen/ Land/ Leuten/ allen Gerichten/ vnd Wildpahnẽ &c. Quo facit Schadloßbriefe de Anno 1443. quorundam Rusticorum zu Baumlingen/ Landtsburg / vnnd Niderdorff/ 3. tom. probat. Duc. fol. 174. n. 78. ord. 8. Præterea vt constat ex supra dictis attestationibus, de Anno 1468. Duces Otto pater & Otto filius, & ante eos Dux Iohannes Palatini zu Newenmarckt / suis temporibus nullum alium vicinum agnoscebant in partibus illis, quoad Herrlichkeit vnnd Halßgericht / quam Burggrauios. De superiori tractu circa Rodenstein / nec hodie quidem controuersia est inter partes. Et confirmatur antiquũ Illustriss. Dom. Act. ius ex allegatis venditionibus Burggrauiorum, quoad Tiefflach/ Rodenstein & Herrenburg/ Interea vero ex altera parte Schonstatenses iam tum quoque persequebantur facinorosos, non solum intra aquas, sed etiam longe vlterius in quorũcunque dominorum aliorum territorijs, vt præsupponit priuilegium Caroli IV. de anno 1347. littera *H.* inter documenta Schonstatensia. His ita diligenter collatis facile est de hac transactione Palatini iudicare.

Primo, quoad Wasserhoffe/ das Schonstatt bey der Gerechtigkeit / so sie von der Statt Halßgericht wegen darüber haben / bleiben / auch wider Stock / Bandt/ Eyssen oder andere Gerichtszwang daselbst haben. Schonstatenses in conclusionibus *n. 144.* hunc esse simplicissimum intellectũ volunt, daß Wasserhoff zu der Statt Halßgericht gehöret / vnnd daß die von Schonstatt bey derselben Gerechtigkeit bleiben sollen. Deinde daß vber solche vorige denen von Schonstatt zustehende Statt Halßgerichtliche Gerechtigkeit/ weder Stock/ Bandt/ Eyssen oder andere Gerichtszwang sollen vffgericht werden. Verum illa limitatio, quæ prohibet signa meri Imperij vel vllum alium Gerichtszwang satis declarat, non absolute, sed limitato modo vrbanam iurisdictionem criminalem extendi ad Wasserhoff/ si tum in alio territorio scilicet des Burggrauethumbs / vt expresse dispo nit transactio Harrensis.

Malefici ergo zu Wasserhoffe prehendi et capi possunt & ad supplicium vrbis rapi, nullus autẽ alius actus cognitionis criminalis quæstionis habendæ, vinculorum, vel quocunque tandem nomine appellari possit, à Schonstatensibus potest in Wasserhoff exerceri. Qua ratione apparet, non plus ibi Iuris ex hac transactione acquisiuisse Schonstatẽses, quam quod alioqũ habeant ex priuilegio Caroli IV. de facinorosis persequẽdis & ducendis in vrbẽ, ex quorumcunq; dominorũ territorijs per verba dicti priuilegij damit den

Beschädigten Recht widerfahre/ nach der Stat Recht. Et licet amplius quid concessum videatur ex confessione Illustris. Dom. Act. *n. 24. Addit. de Anno 38.* vbi excipit à reliquis locis controuersi districtus, Holler/ Wasserhoff oder Tiefflach/ daß es Vertrags weiß zugelassen/ Sicut verba illa dict. transact. Auch sollen zu Wasserhoff nicht vffgericht werden/ etiam suo modo ad Illustris. Dom. Actorē referri possunt, quo Schonstatentibus liberior & laxior potestas sit, prehendendi ibidem facinorosos sine obstaculo Illustr. Dom. Act. Quo etiam pertinet Priuilegium de Anno 1378. à Carolo IV. ipsis concessum, Daß ein Herr jnnerhalb einer meil Wegs vmb Schonstatt kein Stattrecht Halßgericht vfrichten möge/ Quod habetur in documentis Schonstatensium, littera *Q.* Interim tamen ius vniuersalis territorij Illustris. Actori non ademptū esse, (quamuis effectus eius quoad quid restricti & limitati fuerint) declaratur ex subsecuta obseruantia, quod quotiescunque Schonstatenses aliquid extra ambitum vrbis sui moliti fuerunt ædificanda aggeres, fossas fodiendo, patibula erigendo siue palos Illustris. Duces id demoliti sunt, vel ipsimet Schonstatenses tollere sunt coacti vt latius dicetur infra in decreto fœderis. Et sic Illustris. Duces iam inde ab hac transactione vsque ad decretum fœderis, & inde vsque ad præsens tempus manserunt in perpetua q. possessione prohibendi signa meri Imperij vnnd andere Gerichts zwang/ so Schonstatenses ausserhalb der Statt Halßgericht vlterius in Illustris. Dominorum territorio auszurichten vnderstanden. Prout etiam exercitio ipsorum in criminalibus extra vrbem præter priuilegij & transactionis huius causam postea attentato perpetuo contradixerunt, de quo in suis locis. Deinde declaratur ex transactione Harrensi quæ expresse dicit, omnia extra muros vrbis sita, siue res siue personas, seyn jm Landtgericht des Burggrauenthumbs gesessen vnnd gelegen/ nominando in specie Holler vnnd Wasserhoffe. Planissimus ergo sensus est, ius illud der Statthalßgericht extra vrbium districtum seruitutis iure extendi in vicinum Burggrauiatus territoriū certo & limitato modo: ita vt Schonstadenses in hoc pago Wasserhoff eodem modo sicut in pago Holler antiquitus etiam ante venditionem de Anno 1427. facinorosos persequuntur, abducendo eos in vrbem, qua de re supra allegatus est casus in puncto der Hohengericht/ & latius dicetur infra sub pagis Holler & Wasserhoff. Cessio igitur quoad Wasserhoff/ per hanc transactionem ita facta est, vt propterea fines territorij Burggrauiatus non mutarentur, sed vnitas eiusdem conseruaretur prout expresse definit sæpe dicta transactio Harrensis, ita quidem, vt retinuerit Illustris. Dux ius submouendi omnia ea, quæ vltra promissum & concessum modum attentarentur. Sic non desijt Dux facinorosos persequi vsque in Wasserhoff vnnd biß an die Schrancken/ Ducis. Et Landhuldigung securitatem præstant, vbique in toto hoc districtu biß an die Schrancken/ de quo in possessorio. Diligēter itaque distinguendum Ius vrbicum à iure Territorij Burggrauiatus. Ius Vrbicum reseruatur in hac transactione, quale autem sit non exprimitur. Speciale, singulare, extraordinariumque esto, adiuncta verba ostendunt auch weder Stocke/ Bandt/ Eyssen vnnd andere Gerichtszwang quæ tam signa quàm rem ipsam h. e. iurisdictionem ordinariam Reis adimunt: Duci, quo ad totum, nihil detrahunt: Retinet enim ille Gerichtszwang immediate extra muros: & specialiter limitata firmat ius territorij Burggrauiatus in non exceptis, reducendo omnia ad terminos priuilegij Carolini vel ad cumulatiuum non priuatiuum exercitium zum Wasserhoff/ aliter non ferentibus verbis modificatiuis huius transactionis iunctis clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis, transactione Harrensi & decreto fœderis. Iam de alijs capitib. dictæ transactionis videndum. Quod proxime sequitur de renunciata Lehenschafft zum Wasserhoff/ ad causam particularis dominij non ordinariæ iurisdictionis pertinet.

Alterum caput est, quod Schonstatenses defensionem habeant, siue patrocinium, vel vt verba sonant, Verspruch der Closter zu Dionys. S. Elisabeth/ S. Barbaren vnnd jhrer Leutt/ quod similiter ponderandum. Dubium scilicet fuisse ius defensionis dictorum Monasteriorum etiam post venditionem de Anno 1427. Nec id sine causa.

Quia venditis certis iuribus in vrbe, nimirum Castro, duabus partibus deß Schultheißē Ampts/ censu in tertia d. Schultheissen Ampts vnnd vff den Zoll extra vrbem, syluis mitt jhrem Forst/ vnnd Zeittel gerichten/ Item sex pagis reseruatur Lehen/ Geistlich vnnd Weltlich/ Landtgericht/ Geleydt/ Wildtpahn/ vnnd andere deß Burggrauethumbs Gerechtigkeit vnnd Herrlichkeit/ Recht vnnd Güeter. Et in inuestituris passim imperialib. conceduntur Burggrauijs Closter/ Teutscheheuser: Vnde iura patronatus & aduocatiæ in dictis monasterijs non immerito prætendere potuerunt Burggrauij. Illud etiam constat ex Kampfsgerichts Ordnung vnd in Gericht sachen: quod vendito iam Castro soliti sint das Landtgericht zu S. Dionys. zu halten/ tanquam in loco in quo plus Iuris habuerunt, quam in cæteris vrbis partibus.

Tertio

Tertio in d. transactione Palatini quoad Forstgericht auch andere Ordnung vnd Satzung der Wäldt confirmantur priuilegia Ludouici et Caroli. Atqui dicta priuilegia separant Halßgericht ab ordinationibus syluarum, nec Schonstatensibus vllum ius tribuunt territorij sed persecutionem tantum facinorosorum in alieno. Confirmatur quoque in hoc puncto venditio syluarum de Anno 1427. sic saluum remanet Duci ius territorij ibidem reseruatum.

Quarto, quoad Zoll vnnd Gelaydt/ expresse confirmatur transactio Friderici Palatini de Anno 1386. vt nimirum seruetur taxa ibidem præscripta, quoad ciues Schonstatenses. Ita tamen vt non pertineat ad noua vectigalia si quæ inposterum acquirant Duces. Vltimo loco, quoad Landtgericht deß Burggravethumbs/ transactio disponit omnes lites desuper ortas vsque in eum diem sublatas esse debere.

Ergo mansit in statu, in quo erat, præsertim addendo transactionem Harrensem, quæ definit territoriū deß Landgerichts der Burggraventhumbs à muris vrbis incipere. & effectus der Landshuldigung d. Landgerichts quoad facinorosos notorius est. Quare apparet Schonstatensibus in effectu per hanc transactionem confirmari ius vrbicum, extra vrbem eos restringendo ad iura sua singularia, priuilegiata, ex imperialibus concessionibus & particularibus contractib. in Burggrauiata acquisita: saluis semper equidem Burggrauiatus Zoll vnnd Gelaydt/ Landtgericht/ Wildphan/ vnnd andere Herrlichkeiten.

Post transactonem Palatini, Illustris. Dom. Act. ad ostendendum non ius Reorum vrget decretum fœderis, quod per illud Rei pro confessis & conuictis habiti sint. Ad decretum igitur hoc intelligendum, similiter considerandus est status illorum temporum.

De iuribus Burggrauiatus zu vnnd vmb Schonstatt multa iam constant ex primævis inuestituris, ex Bulla Carolina consensu Electorum firmata, vbi terræ, quas iam tum amplissimas possidebant, Burggrauij circumcirca Schonstatum versus F. & B. vno complexu & titulo Burggrauiatus parificantur aliorum Principum territorijs, etiam Electorum, quoad omnis generis metalla & monetas. Item ex subsecutis aliorum Impp. confirmationibus.

Postea verò Castro vendito, & pagis quibusdam venditis, Item officio sculteti & syluis, prima & præcipua occasio extitisse videtur conuellendi siue in dubium vocandi iura Burggrauiatus, Etenim Schonstatenses in conclusionibus suis 140. part. 15. asserunt, das Anno 1432. der Kauff vnnd Lehenbrieff halber ein disputation eingefallen vnnd vbertragen.

Quicquid vero subsecutis temporibus de magna illa & celebri Burggrauiorum venditione eiusque intellectu disputatum inter partes fuerit, illud semper tenendum est ex transactione Lodouici Palatini de Anno 1453. Iura Burggrauiatus salua illibataque constitisse, nec otiosam clausulam reseruatoriam in venditione der Burck habitam: φ & Missiuę ipsorum Schonstatensium de Anno 1492. & 1494. *tom. 3. prob. Duc. n. 62. & 64.* aperte ostendunt, dum in illis se restringunt ad singulare & priuilegiatum exercitium in alieno territorio per quod Burggrauijs præiudicare non intendant, idque recte tum & conuenienter iuxta verum intellectum d. transactionis & clausulæ reseruatoriæ.

Idem confirmat transactio HH. de Anno 1496. quæ vt sæpe iam dictum Burggrauiatus Landtgerichtszwang à muris vrbis incipere declarat. Hoc ipso Anno haben Schonstatenses der Fraisch halben ein Erkündigung eingenommen/ quam informationem sub tali signo ✲ cum cæteris suis probatorijs produxerunt in hac causa, & vnicum tantum casum ibi inuenerunt, qui habetur sub pago Weissenlohe. Anno 1498. extra vrbem erexerunt Fleckheußlein/ Thürlein/ Schrancken vnnd Graben/ quæ tamen demoliri fecit auctoritate regia MM. Cæsar vt fatentur Schonstatenses in exceptionali suo 181. Sequenti Anno 1499. librum cœperunt conficere, quem appellarunt Fr[illegible] buch nouo nomine & intentione, contra priores suas declarationes (quamuis quidam & alio nomine Kriegsbuch appellent) productum cum alijs probatorijs. Anno 1500. omnes status fœderis Sueuici duob. in conuentib. Eslingæ & Vberlingæ auxilium promiserunt Duci contra Schonstatenses Der gebawten Thürlein halber/ vt fatentur Schonstatenses in exceptionali 198. licet nullitatem prætendant, quia tum temporis nondum fuerint im Bundt. Verum non leuiter prætereundum est, quod hæc molitio Schonstatentium palàm omnibus tum temporis noua & odiosa visa, causa vero Ducis fauorabilis & æqua anno eodem Schonstatenses aliam informationem instituerunt, scilicet zum Heissenstein der Fraisch halber/ quæ continet actus * Anno 1502. Schonstatenses ipsimet adierunt dē Schwebischē Bund articulū exhibentes der gekaufft Fraisch halber/ in den Wälden vnnd zu Treffiach/ prout i. 1. præiudiciali Illustris. Dom. quem fatentur Schonstatenses. In bello Bauarico Anno 1504. AA BB

præter illa de quibus supra facta mentio, Blockheußlein/ Thürnlein/ Schrancken/ vnnd Gräben/ auctoritate Cæsaris iam sublata, alia de nouo erexerunt, quæ postea iussit tollere decretu fœderis, prout in d. decreco. Demum Anno 1505. cum in 4. partes dissecaretur Herman Vngemutt / & illæ nouis palis, extra vrbem erectis, affigerentur ad apertam litem res erupit, & proxime seq. anno, coram Bundtsständen/ cœptam agi, simulque etiam eo ipso anno Schonstatenses per duos Notarios examen 69. testium instituerunt, ex quorum omnium dictis nonnisi casu & prose extrahere potuerunt. Quod examen vocant Heugschafft ad perpetuam memoriam, sub signo ✱ productum. Informationem quoque in Aampt Carbenheim habuerunt, quæ continet actum vnum, nominant illam Alte außträg belangen das die Fraisch vnnd Halßgericht im Ampt Carbenheim sub signo * Circa idem tempus, cum iam armis occupassent proximo Bauarico bello præfecturas Hain/ Neuhaussen vnnd Ober-Buchen cœperunt attentare zugeleiten vor dem Hainerthor vnnd von dem Niedernthor. Triplex igitur Dux. in causa extitit agendi coram Bundt nimirum propter Blockheußlein/ Thürlein vnnd Gräben. Deinde propter palos illos, quibus affixæ partes dict. Hermans Vngemutz. Deniq; pꝑter attentatum Gelåndt.

CC

DD

Quod tertium tamen, vti obiter tractatum ita etiam incerta decisione definitum, & adhuc hic pẽdet. Reliqua vero duo puncta in decreto fœderis Anno 1507. ita definita: Quod Schonstadenses tollere debeat infra tres mensas eractos palus, imposterũ verosimilibus accidentibus casibus intra ambitũ patibali sui vrbici similia signa ipsis erigere posse. Deniq; tollere quoque intra dictos menses 3. die Blockheüßlein & Graben prout nuper antea Cæsaris iussu fecerunt.

Reseruatur tamen Schonstatensibus all jhr Recht/ vnnd Gerechtigkeit/ Also daß sie deßhalben solche suchen vnd fürnemmen mögen wie jhnen das gepührt/ addita comminatione der bundtshülff in casu non paritionis. Ad hoc decretum & contenta eius. Rei in responsione ad 118. possit excipiunt. Primo, daß sie dasselbig nicht angenommen noch bewilliget/ secundo, Clag vnd Streidt seye nicht fürnemblich vmb die Fraisch gewesen/ wie auch der Erdscheide (quod pro 3. except. notari potest) Reis keine Fraischliche Obrigkeit benommen. Quarto Es sey Güttlich / vnnd nit Rechtlich gehandelt / Quinto Maximilianum. 1. tum temporis ita se declarasse, ne noceret Schonstatentibus in possessione. Quæ exceptiones partim ad competentiam siue iurisdictionem statuum fœderis eludendam, partim ad ipsa merita pertinent.

De iurisdictione autem Ligæ & validitate processus frustra disputatur, cum tunc nihil reperiatur exceptum: Et antea ijdem à Schonstatensibus insimilib. controuersijs electi fuerunt iudices, Anno nimirum 1502. iuxta confessatum primum præiudicialem. Reiecta etiam appellatione per Maxim. Cæsarem iniuncta paritio, eaque à Schonstatensib. obedienter facta.

Deinde quid quid disputent Schonstatenses de incompetentia, non negant tamen eid gen cognitionis siue prouisionis habuisse status fœderis, quo cauetur, ne partes ad arma veniant, quod summariss. possessorium dicitur fundatum *in L. æquissimum de vsufr.* videatur exceptionalis Reorum 206. vsque ad 216. Quis autem fuerit principalis status litis coram LIGA, tum ex supra dictos tam maxime ex actis & actitatis ibidem liquidissime cõstare nec aliunde melius interpretatio, vis & effectus sententiæ seu decreti illius de quo quæritur peti poterit. Quæ autẽ Duce ex actitatis coram Bundt extracta sunt non negant Schõstatenses sed de intellectu disputant. In altero puncto litis coram dicta LIGA qui respicit *die Blockheußlein Vnd Thurlein*, nihil editum est, cum tamen ex ijs de fundamentis pendeat, & eadem quoque merita proculdubio ventilata sint. Facit quod primus præiudicialis actoris confessatus est, ex quo apparet perpetuam Schonstatensium tum temporis defensionem hanc fuisse, quod à Burggrauijs emerunt *die hohe Gericht vmb Schonstatt.* Acta igitur illa coram *Bundtstendt* eo modo quo in nostra causa producta sunt. Ita recognoscit Aduocatus Schonstatensis, *Laß den abtrucke vnd vvas darauß* producirt *In seinem vverden bleiben*, Verba illa ex actis extracta hæc sunt. *vnd alß erstlich dargebracht, als solle Schonstatt vmb Furstenthum des Burggraueithums liegen so es nun darinnen lege vnnd M. G. Herr Burggraue vvehre, so hort S. G. alle Fürstliche Obrigkeit, hohe vnnd Nieder Gericht*, & merum Imperium. Ex quibus verbis continentibus assumptionem fundamendi, & in territorijs Illustrissimi Dom. appareat ipsum perpetuo argumentatum ab vniuersalitate territorij & districtus hoc modo Burggrauius Schonstatensis habet omnimodam Iurisdictionem & superioritatem in vniuerso territorio Schonstatensi Schonstatt autem cum locis illis controuersis est intra fines dicti territorij. Ergo non licuit Schonstatensibus ibid. signa meri Imperij ꝓpugnacula, aggeres, fossasq; inuite Duce siue Burggrauio erigere & sic in alieno moliri.

Audita intentione & propositionem Burggrauij consideranda depulsio & exceptio Schõstatẽsium his verbis *darzu sagten sie, das S. G. ein-*

G. ein Fürst deß Reichs sey/ gestünden sie: Ob aber daß Burggrauethumb zu Schönstat ein Fürstenthumb wehre/ oder nit/ darumb wären sie hieher nit betagt/ dasselbig auß zutragen oder zu disputiren. Ex quibus verbis notandum obiter ad affectum cõpetentiæ, quod citati comparuerunt aliter in hoc puncto non excipientes contra iudices.

Sequitur, das sagten sie aber/ Schönstat were ein Stat deß Reichs je vnnd allwegen gewest/ vnnd noch möchte sein/ S. G. Voraltern hetten ahn denen Orten da die Stöck stünden die Gericht gehabt Hohe vnnd Niedere/ & Imperium merum & mixtum. Notandum non vere conditionalem sed magis puram esse hanc confessionem. Idque etiam apertius probatur ex inuestitutura Rodolphi & confirmat. seqq. Impp. ipsisque instrumentis vtriusque venditionis de Anno 1427. quæ clare cantant, Schonstatum ipsum Burggrauijs tributarium fuisse, Zinßbar/ Dienstbar vnnd Gerichtbar. Item Burggrauios ibidem habuisse Zoll/ & sedem iudiciorum suorum. Itemque arctam ordinariam, prout etiam de antea & argentea moneta ibidem Schonstatensibus vendita ex litera W inter documenta Schonstatensium constat.

Sequitur, Ob aber schon S. G. Voraltern/ die da gehabt/ volgt darumb nicht/ daß S. G. diß auch hette/ den es were darvon kommen/ obseruanda hic causa expressa pro declaratione superioris cõfessionis, factæ per modum quasi confessionis.

Sequitur, Vnnd damit man dessen gründtlichen Bericht empfangen möge. Quę verba bene notanda pro confirmatione & probatione superioris confessatæ caussæ.

Sequitur, So wolten sie das Scheinlich machen/ vnnd hette die gestalt M. G. herrn Voraltern hetten verkaufft die Burck zu Schönstat/ die Dorffer/ Hoffer/ klein Buchen/ Scherling/ Weisenfelß/ Gunß/ iuxta instrumenta prætecta. Ecce allegant emptionem pro fundamẽtali & vera probatione eius caussæ, quam supra attulerant in verbis, es wehre dar von kommen.

Sequitur, Vnnd sagten fürder/ man höret in diesser Verschreibũg daß Ducis Voreltern/ alle jhre Gerechtigkeit/ die sie da gehabt/ besucht vnnd vnbesucht jhnen verkaufft/ vnnd anders nit außgenommen/ dann allein die Lehen/ Landtgericht/ Gelait/ Wildtpahn. Quando, hæc cõcurrunt cum ordinario iure territorij, vti hic, nullatenus separanda sunt ab Imperio mero. Nec tantum hæc specificata, sed etiam andere Burggrauethumbs Herrligkeiten/ reseruata in venditione Castri Burggrauialis. Verbum autem † Herrligkeit tum temporis Synonimũ erat cum Halßgericht/ vti ex attestationibus de Anno 1468. Im Neutörfischen Saalbuch apparet. Reseruatis igitur expresse, Landtgericht/ Gelait/ Wildtpahn/ Lehen/ vnnd Burggrauethũbs Herrligkeit/ quis dubitat amplius, Halßgericht/ de quo qrimus, expressissime reseruatum, cum ex † nomine qualitas rei dignoscatur. *Zas. cons. 6. nu. 3. & cons. 16. nu. 42. lib. 2.* & non ferendos Schonstatenses in hoc tergiuersantes.

60

61

Sequitur, Nun wehre offenbar/ daß eine außnehmung eins oder mehr/ oder etlicher Ding/ ein beståttigung vnnd einschliessung wehre/ der andern ding die nit außgenommen. Nun schliessen Illustriss. Duces in dieße Kauff nichts auß/ dann die Stück wie gemeldet/ so sie nun nichts außgenommen/ hetten sie nichts vorbehalten. Nam qui † nihil excipit, nihil reseruat. Cum nil ergo excipiatur, so dorfftes keines Zweifsels/ Duces hetten jhnen auch verkaufft die Hohe Gericht/ dan hier in diesser außnehmung der benanten Stücke/ stunden etliche Stücke/ die minder wehren/ dann die Hohen Gericht/ alß daß mehrer nit außgeschlossen/ wer wolte anders verstehen dãn daß dieselben im Kauff kommen wehren. Vnnd daß man aber Gründlicher vernemen möchte/ daß die Hohen Gerichte inn diessen Kauff kommen/ so wehre nachmals ein bestettigung vom Kayser Sigismundo auff/ bitt Illustriss. Ducum drüber außgangen/ darinnen jhnen die Obrigkeit der gemelten Endt Confirmirt vnnd gegeben wehre/ in aller massen/ wie sie die inn der Stat gehabt vnnd noch hetten/ quæ confirmatio lecta.

62

Notandum hic pro vnico defensionis argumento productum non tantum emptionis instrumentum, sed confirmationem eiusdem, & vtriusque clausulas disputatas nulla hactenus facta possessorij mentione, probatione & eiusdem alia nulla hactenus præstita vel oblata. Vnde quid magis principaliter ibi in quæstionem venerit, quis denique eius litis fuerit status, non difficile est æstimare.

Occasione enim illorum attentatorum ventilatum & disputatum fuit, licet summarie, ius omne, vt integrale totius districtus, mens & sententia totius contractus emptionis & venditionis inter partes olim initi, & ab antiquo controuersi, an scilicet merum Imperium extra vrbem simul venerit nec ne? Burggrauij in veteri iure retento: Schonstatenses in eodem illo per emptionem acquisito tantum se fundarunt: vtrum autem antea Burggrauiorum fuerit, neutiquam tum dubitatum: imo confessatum, & quidem vndecies ex parte Schonstatensium, merum Imperium

siue Halßgericht vna cum Castro Burggrauiali venditum inquam Schonstatenses translatum fuisse: clausulæ vero illa, quod exceptio 56 † vnius vel plurium sit inclusio aliorum non exceptorum pro firmamento solido ad eundem effectum actius repetita & inculcata fuit atque ita vniuersum vnde vigesies confessatum & reconfessatum, ius gladij ante venditionem pertinentiam Castri Burggrauiatus fuisse, quod tamen in hac natura causa tam inarticulis quam productis vbiq; pertinaciter ijsdam negatur.

Sequitur indictis actis, *Sagten furter, es vvehre gar kein zvveiffel, sie hetten In der Statt* merum imperium, *so vvehren jhnen die Dorfer verkaufft zu Regieren vvie in der Statt.* Hæc clausula confirmationis Ius gladij absolute non tribuit, sed quatenus ipse contractus permisit quia non auget extensiue venditionem, sed tantum intensiue, vt de facto & renunciatione iurata dicitur. *Old. in cons. 244. n. 3. Zas. cons. 20. n. 32. & 33. lib. 2. argumentum l. Titius in fin. ad Trebell.*

Sequitur *So vvehre auch gehoret, das* Ducis *voreltern vmb diese bestettigung gebetten hetten.* (Confirmatio fuit, non noui iuris datio, præter & extra mixtum contractum petita & obtenta. Ergo secundũ eundẽ intelligẽda) *da mit vvolten sie den Rechten Titul anzeigen.* Notandum bene, verum titulum editum, qui 64 non † nisi vnicus esse, nec alius imaginari poterit præter expressam *gl. sing. nil. quedam in f. de rei vendic. Rebuff. in præf. de mater. poss. n. 123. Ias. in l. certi condictio. §. fin. col. 2. ff. cert. part.* Sequitur ergo non verum, sed fictitiam esse & falsum titulum *der Key. Landtvogthey*, qui in his nostris actis reiecto & per negato hoc olim allegato vero vnico præcipuo titulo, in eiusdem locum nunc obtruditur nec immerito contrarietatem & repugnãtiam Schõstatensibus obiectam.

Contradictoria enim & repugnantia sunt, toties tam enixe in vno contradictorio iudicio asserere & fateri merum imperium à Burggrauijs emptum, & non mox quasi reuocato & correcto errore, sed post longum tempus in alio iudicio ex diametro contrarium priori propriæ confessioni, totius reiteratæ & acceptatæ, nunc allegare, non emptum, imo pernegare vllo vnquam tempore Illustriss. Ducum fuisse.

Certè quo viciniores tam temporis erant origini, eo melius vtriusque de veritate & validitate tituli ipsis cõstituisse præsumitur, subnectitur *das sie auch denen* scilicet pagorũ emptorũ & iuris *dieselbe zuregierẽ, vvie in der Statt* possessione vel quasi *gevvesen vnnd bißhero also inn gehabt, Dann vvas je zu zeiten durch* Ducis *Amptleute eingrieff beschehen vvehren In nevvlichkeit, daß sie doch allvvegen Cleger gevvesen.*

Notandum, allegatam possessionem non qui etiam, sed sæpius interruptam fuisse, & ante litem illam coram *Bundt*, sæpiusque eo nomine quærelatos Schonstatenses, vt patet ex supra deductis de translatione Palatini, & quæ intermedio tempore gesta sunt, vsque ad tempus decreti & exturbationis modo hic expresso, de statu controuersiæ apud Ligam non difficile iudicium facere, rem scilicet ipsummet iurisdictionem criminalem non locum & signa tamen principaliter, quod tamen magno conatu contra facti notorietatem confessatam persuadere conatur Aduocatus Schonstatensis, disputata fuisse. Verba *In nevvlichkeit* ad restrictionem apposita, refelluntur ex actibus articulatis ratione possessorij & statu vt illorum temporum superius explicato, ab Anno nimirum 1449. quo partes propter hoc ipsum ad arma venerant, Eademque Anno 1453. transegerunt, ita tamen vt nouæ semper lites inter easdem partes exortæ sint, super intellectu contractuum vtriusque venditionis & transactionis tam Palatini quam Harrensis.

Sequitur. So stunden diese Stöcke nicht für die Weiber oder Dörffer/ darinn sie diese Obrigkeit kaufft/ vnnd jnn Posseß hetten/ auch daselbst hin vnnd weiter wol macht gehabt/ nach lust jhres Kauffs/ vnnd daß jhnen die Lehengericht/ & merum Imperium zustünde die stöcke zusagen/ damit wolten sie diese stücke verantwort haben. In paucis hisce verbis, Ter iterum repetitur confessio meri Imperij empti à Burggrauijs, & ex generalitate empti iuris defenditur factum vel attentatum, quod liti immediate causam dederat, sic inferendo: Liceret nobis vi emptionis erigere signa meri imperij in singulis pagis emptis, longiusque ea proferre: Ergo. Quod argumentum incertum, & retorqueri potest particulariter.

Noui licet hoc vobis in litigioso loco propter retentum, exceptum & reseruatum vniuersale Ius Burggrauiatus super territorio & diuerso districtu eiusdem integro. Ergo nec alibi latiusue. Valet enim consequentia à 65 toto ad partẽ, & actus † prohibitorius in parte conseruat ius integrale in vniuerso districtu, 66 & præsumitur † territorium respectu Iu- 67 risdictionis esse vnius nominis Est enim † Iurisdictio, vt seruitates, aliaque iura incorporalia, in diuidua *Affl. decis. 267. & idem. §. 1. n. 22. de controuers. inter masc. & fœm. in usi 6. feudorum. Rolan. à valle. cons. 46. n. 56. vol. 3.*

Deinde hic rursus argumentantur Schonstaten-

statenses à re ipsa, id est, iurisdictio sibi acquisita, per emptionem, ad signa. Quod argumentum præsupposita tali emptione validissimum est. Si merũ imperium, & criminalia iudicia absolute vero dedissent Burggrauij, de signis frustra litem mouerent, nisi reperirentur specialissima excepta. Et hinc patet tantum abesse, quod status causæ ibi constiterit principaliter super loco ipso & signis, nõ autem super petitorio vel possessorio iurisdictionis, vt sibi imaginatur. Aduocatus Schonstatensis *in concl. n. 144. fol. 51.* vt status causæ nulla sophistica contra mentem & intentione vtriusque tunc partis magis inuerti & peruerti possit.

Medium enim concludendi vtriusque desumptum fuit à iurisdictione totali asserta & defensa actiue per Illustriss. Ducem à retento & conseruato veteri vniuersali suo iure in toto Burggrauiatu. Et per consequẽs in locis litigiosis, tam quoad rem ipsam saltem exceptiue per Schonstatenses de eodem empto & acquisito in omnibus pagis, eorumque pertinentijs in contractu expressis. Et per consequens in litigiosis tam quoad rem ipsam quam quoad signa vti prædicta verba satis formaliter exprimunt Schonstatensium sententiam.

Vt autem omnis de statu causæ coram Liga præcidatur dubitandi occasio, audiantur partes ipsæ, plenius mentem suam alibi explicantes, nimirum in causa Hamelburgij, vbi Illustriss. Dux: additionali 7. ita ponit. Verũ ꝙ Dux. Fridericus Anno 1506. vmb solche erkandtnuß vnnd abschaffung der blockheüsser vnnd Stöcke/ darumb fürnemlich clagt vnnd angehalten habe/ das dd. Thurn/ Plockheüsser/ Graben/ vnnd Stöcke inn jhr F. G. Fürstenthumb Landt vnnd territorio, gebawet vnnd vffgericht worden sein/ Respondent Schonstatenses & credunt, vt in actis, quæ nobis hoc notarium faciunt. Deinde addit. 8. das Schonstatenses hergegen vnder andern haben fürwenden lassen/ das sie die Obrigkeit/ auch die Gerechtigkeit solches Bawes à Duce erkaufft hetten.

Respondent, credunt, doch haben sie andere Gründt vnnd Titul auch angezeigt/ De alijs vero titulis nihil constat. Edant igitur integra acta & doceant. Item in responsione ad 11. addit. vbi his omnibus non obstantib. demolitionem Schonstatensib. iniunctam dixit Illustr. Aiunt se credere, vt jn Abschiedt/ vnnd das jhr fürgeben sey nicht scheinlich sonder gegrüudt vnnd Rechtmessig gewesen.

Status igitur litis vel controuersiæ punctus fuit, vtrum signa & loca litigiosa (non quidem principaliter & per se sed propter occasionem occurrentis facti, & incidenter tanquam particulæ & dependentiæ totius iuris criminalis, non heri aut nudius tertius Sed olim & semper inter partes controuersi) per allegationẽ iuris vniuersalis siue retenti siue abalienati, idonee asserta & defensa fuerint: Et per vtrum litigantium melius? Neque enim sequitur: signa hæc immediate liti causam dedere. Ergo principalis materia litis sunt statumque eius constituunt.

Et quam hæc consecutio falsa sit maxime in materia iurisdictionali, imminuere pignorationum causæ euincant, in quibus videmus res minimas, vilissimas & nihili: Ein Löffel/ ein Span/ ein Hembt/ ein Huet/ ein Bettlersmantel/ ein Vogelkorb/ zum Fraisch pfandt genommen/ grauissimis causis & litibus super iurisdictione ipsa ansam dare, vbi nemo sanus dixerit quisquilias illas statunt causæ facere, cum vice versa discusso iure ipso principaliter controuerso & litigioso in consequentiam retineantur vel recuperentur illæ res tanquam fructus in quibus & circa quas neutiquam autem sine quibus non subsistere iurisdictio vel exerceri, vel competere possit: Et notum iudicia illa summarissima etiam olim in Camera fuisse, sed propter grauitatem eorundem, & quod sine æquali deductione tituli expediri vel non possunt, vel saltem non solerent multumque temporis absumerent, statutum vt ordinaria redderentur in quibus de pleno possessorio tractaretur, quod etiam hodie fit. Sequitur in actis coram Bund Replica Ducis auff der gesandten von Schonstatt andere Verantwordtung/ hat Hertzog Friederich ferner vorbringen lassen/ daß Heutt von dem von Schonstatt eine lange Rede gethan/ die der Meinung geschehen wehre/ dardurch jhr vnbillich Vornehmen zu beschönen/ Nach dem aber viel darinn gemeldet worden daß diessem handel nichts gebe oder neme/ vnnd Hertzogen Meinung nicht wehre/ sie die Versamlung vffzuhalten/ so wolte S. G. deren viel vmbgehen/ vnnd was mitt außgetruckten worten nicht noch wehre zuverantworten/ Auff jm selbst beruhen lassen/ Aber doch was wieder Ducem wehre/ wolte er stillschweigend verneindt haben/ vnnd demnach etwan viel stück Duci gantz dienstlich von Schonstatensibus bekandt worden/ dieselben angenommen haben: vnnd sonderlich zwey stücke darauff der grundt ruhet. Das erste/ das Schonstatenses mit außgetruckten worten bekennen/ das etwan merum imperium der hohe Gewaldt vnnd Obrigkeitt Ducis voreltern zugehört hetten vnd wiewol geredet/ das solches durch einen kauff vff sich gewendet/

hette vff jhme so viel es möchte/ wehre nit wiedersprochen/ so viel pro Duce thete vnd weiters nit/ plus actum, dictumque fuisse, quam hic scriptum, apparet ex verbis: Andere Verantwortung. Item quod in acceptatione confessionis omissum sit alterum membrum. Aduocatus Schonstatensis *in concl. suis. n. 144.* ex protocollo (vt ait) coram liga, refert ita argumentatum contra Ducem. So der von Schönstatt vermöge des Pfaltzgrävischen Vertrags nit erlaubt wehre/ daselbst zu Wasserhoff/ zu nechst an der Statt/ New Stock/ Bandt/ Eissen/ vnnd Gerichts Zwang von der Stadt Halßgerichts wegen vff zurichten. So wehre jhnen auch viel minder/ dergleichen ahn weitern Orten von der Statt zuthun erlaubt.

Quæ verba nude considerata videntur habere tacitam confessionem Ducis des Halßgerichts zu Schönstadt ad singulos pagos litigiosos extendendá, quasi sic inferant Schöstatenses, q ipsis quoq; negetur potestas Stöcke vff zurichten/ vti zum Gossenhaff/ ita etiam in remotioribus locis. Interim tamen Stadt-Halßgericht per æque extendi ad Wasserhoff & reliquos pagos controuersos. Verum hoc minime voluisse Ducem, declaratur ex eo, quod ipse vbique in dictis actis coram liga pro primo & præcipuo fundamento ponit, daß Schönstadt im Burggraventhumb liege. Ergo hoc ipsum Statthalß Gericht/ quod suo modo extendit ad Wasserhoff/ liegt im Burggrauethumb.

Huic primo fundamento subnectit Illustriss. Dom. in dictis actis, daß dz Fürstlich Gelaidt/ Wildtpahn vnnd Landtgericht/ biß ahn die Stadt Schönstadt gehe/ ad quam rem explicatius adhuc intelligendam conferenda est clausula transactionis Palatini de Wasser-Hoff.

Etenim in venditione immediate extra vrbem & pariformiter reseruantur Lehen/ Geistlich vnnd Weltlich/ Wildpan/ Gelaidt/ Land-Gericht/ vnnd andere des Burggrauenthumbs Herrlichkeitten/ quæ verba reseruatoria sunt, cuiuscunque dispositionis. *Roland. à valle. cons. 1. num. 143. vol. 2.* Vnde in dubium vocari potuit der Statt Halßgerichtbarkeitt/ nedum zum Wasserhoffe/ verum etiam proxime ante muros vrbis propter æqualem diminutionem reseruatoriæ.

Quare per transactionem illa ipsa clausula reseruatoria taxata aliquo modo fuit, quoad Wasserhoff tam circa criminalia, quã circa Lehenschafft/ sicuti etiã quoad protectionem deß Closters/ quam verisimile est Ducem vti vniuersali territorij iure, ita specialiter ratione der Geistlichen Lehenschafft sibi vendicasse, in cætera mansit clausula reseruatoria, imo de nouo confirmata per hanc ipsam transactionem, vt supra d. Denique obseruantia quod saluum conductum, qui facinorosis ad huc hodie à Ducibus dari solet, cum effectum securitatis vsque ad vrbem: vel non securitatis, si denegetur, similiter vsq; ad vrbem ostendit cumulatiue non priuatiue Statt Halßgericht extensam fuisse vsq; ad Wasserhoff.

Et hactenus de primo capite litis & processus coram Liga, cuius voces singulæ, clausulæ oẽs, tota connexio, partiumq; maxime vero Schonstatensium primaria intentio, cõtentio, studiũ & scopus in rẽ ipsam iurisdictionẽ puta criminalẽ tanq̃ animã statumq; litis, cõceptæ directæq; concernuntur: Hinc toties ex parte Schonstatensium pro firmo solidoq; fundamento causæ repetitus, & ingeminatus emptionis titulus, quo solo eam stare vel cadere voluerunt.

Alterum istius litis caput fuit de operibus publicis, Plöcken/ Heußlein/ Thürlein/ vnndt Gräben/ cuius processum prout coram liga anno 1506. habitus fuit, plane non edidit Dux, sed tantum fragmentum quoddam ex libro *E.* anno 57. 3 tom prob. Duc. fol. 100. Ex quo patet, quod similiter in hoc capite vnicum fundamentum defensionis Schonstatensium fuerit, contractus ille emptionis, & intellectus eiusdem: Vnde media defendendi petita & materia litis: An inter cætera, merũ imperiũ venditũ vel reseruatum fuerit:

In causa vero Hamelburgij Schonstatenses articularunt *in defens. suis, articulo 11.* quod Fridericus Dux sich der Hamelburg als einer Befestigung coram Liga beclagt/ beschwert/ vnnd dasselb nieder zulegen gebetten/ articulo 12. daß vff Vngestümb anhalten d. Ducis etliche Commissarij N.N. 10. Septembris. Anno 1507. *vff die VVahlstatt, vnnd die Gebevv zubesichtigen verordnet vvorden*, 13. Articulo, *daß vff dere Relation die Bundtsstände* Anno 1508. *das begeren fur Vnbillich angesehen, vnnd vorabscheidet. dievveil die Gebevv zu keiner Befestigung, sondern alß Capellen vnd Spittel befunden, daß sie* Duci *solcher Sachen halben Huldt zuthun nicht schuldig vvehren.*

Vnde notanda expressio causæ formalis, ex qua petitio Ducis tunc temporis iniusta reputata: E contrario ergo si allegata causa vera per Commissarios fuisset comperta, fortalicium scilicet per Schonstatenses extructum, demolitio etiam fuisset iniuncta. Argumentãtur enim à causa ad effectum, restitutionem operis denegant, quia cesset causa. Data igitur causa è diuerso sustulissent effectum.

Tertium caput litis coram Liga respicit *das Geladt*, vbi obseruandum, quod *Schonstadt* coram liga (quãtum ex ipso decreto apparet) nullum aliud ius *des Gelaittens* prætenderunt, quã illud solum, quod ex occupatione oppidorum

eorum *Hain vnnd Neutorff*, in bello Bauarico consecuti sunt, fundantes se in iure autorum suorum Palatinorũ. In nostra vero causa allegant iura imperij siue *Landvogthey, das nemlich die Keyser durch jhre Landvogt, das Geleyt vff alle Straße vmb Schonstat sonderlich vff den vvelden gebraucht*, vt indefens. *12. 13. 14. 17. & passim in alijs suis articulis* & productis. In hoc autem tertio capite status Ligę magis reseruant vtrique parti ius suum, quam definiant Duci quidem maiorum suorum *Gelaitt* Schonstatentibus vero non antiquum aliquod sed Bauarorum, quod quale sit, pendet ex decisione *des Geleits sachen* inter easdem hic. Cum hisce deductis rationibus *des Bundts decrets* conferantur vero & textus ipsius decreti ex quibus de iudicibus de iurisdictione eorandem, de partib. de causis & materialib. de processu non ita summario, vt Norice prætendunt. Denique de iudicis in cognoscendo & decidendo adhibita diligentia, tentata etiam prius amicabili compositione æstimare promptum est.

De iurisdict. igiť ligę frustra disputať ex parte Schõstatensium Et quod passim dicunt, *das sie sich mit jm einige Rechtliche handelung eingelassen*, Item ill id, *das sie der Fraischlichen Obrigkeit halbẽ furnẽlich nit zuuerhör oder handelung kommen*. Ex superioribus enim constant, si non principaliter incidenter tamen de mero, Imperio ibi actũ, & per modũ causæ deductũ ita quod negari nequeat. Etiam dato interdictum ꝓhibitorium simplex vel noui operis renunciationis remediũ aliquod ibi propositum fuisse, sui natura mere possessoriũ, tamẽ ꝓpter deductionẽ causę ꝓprietatis, iudiciũ ex accidẽt imixtum euasisse Capella *Tholoss. quæsti 500. Paris. cons. 1. n. 171. lib. 1. Contard. in limit. 2. circa finem n. 11. & 14.* Ideoque iam vite versa dicendum, causam possessionis non principaliter sed accessorie ibi venisse ad causam proprietatis simul deductum *c. cum dilectus de causa poss. & proprie.* Si excipiatur super solo possessorio, eoque momentaneo, latã sententiam reseruato omni iure, concedi potest ius per hanc sententiam quæsitum tractabile & auocabile per appendicem illam decreti, idque nouo rarissimoque exemplo factũ ex super abundanti ad tollendã omnem Schõstatensib. præcipitati iudicij, quærelam. Ideoq; ipsorum officij fuisse, ad obtinendum singulare, & exorbitans istud beneficium in forma specifica reseruationi adiectũ condẽnationẽ implere, ita ut intra legitima saltem tempora de iurib. suis doceant, quod cum facere neglexerint sibi imputent, per iura s͂ allegata.

Data igitur competentia in momentaneo, quod obstat, siue expressio siue tacito cõsensu alterari meri possessorij naturam permiscendo causam ꝓprietatis per allegationẽ dominij per productionẽ instrumentorũ per disputationẽ clausularũ sine vlla ꝓtestatione exceptione & replicatione. Vnde Liga omissa appẽdice plenissime Schonstatensib. ꝓpter progationẽ solã & electã ꝓcedẽdi viã piudicare potuisset, in tota causa, & forte debuisset cõsiderato agẽdi & defendendi vsurpato modo, ex iudicio reali negatoriæ & cõfessorię paci studio vtrinq; petito & desumpto textu interminis *in l. ædificatum de dam infecte*.

Ædificatum enim habuerant Schonstatenses. Quasi igitur possidere de facto saltem tum temporis videbantur & sic iniquũ fuisset destructo ꝓtinus opere illi⁹ quasi possessionis commodum eis adimere, nulla præcedenta vel cõtumatia vel alia causæ cognitione. Egit Dux. Ius non esse Schonstatensib. ita ædificatũ habere. Instituitur vtrinq; causa cognoscitur & pronunciatur ꝓ Duce contra Schonstatẽses Victi appellant Cæsarẽ nõ recipitur appellatio iudicatũ faciunt: seruato benefi io nõ vtuntur sed tacẽt vsq; ad hanc litem, Quare nõ ambigi poterit, eos omni Iure (quæ sui natura statim iuris rigore effectum firmum, durabilem, in commutabilem, & perpetuum, idque propter causam petendi & iudici mixturam. *l. 1. §. fin & aqua quotidian.* sortiri & præiudicare debuerat quoad omnia, nisi nouo exemplo ingratiam conuictorum Schonstatentium per reseruatoriam appendicem ex officio nobili commutabilis: temporana, fauorabilis & inscissibilis facta fuisset) lapsis tot annorum curriculis, & defecto conditionem plenissimum etiam in petitorio sortitum effectum, Schonstatensibusque imputandum, quod in possessorio conuicti neglexerint agere petitorio *gl. in l. exitus de acquir. poss. Granet. Cons. 21. n. 10. Contard. vlt. ratione decidendi n. 16.* Conclusiue apparet Ducem nitentionem suam quantum ad titulum in controuersa iurisdictione, siue concurrentem proprietatis causam attinet, sufficiẽter probasse. Et de eo quidem ante venditionem Anno. 1427. celebratam nullum relinquitur dubium, adeo vt postea Schonstatenses expretenso emptionis titulo extra vrbem suam in Burggrauiatu molientur per transactionẽ Palatini repressi: & ad specialia extrao rdinaria atque priuilegiata iura sua transact ione Harrensi adiuncta remissi, tandemque decreto fœderis in possessorio siue plenario siue summario ita confessii & conuicti sint, vt agendi partes in ipsos expresse translatas esse non ambigatur.

Nunc videndum de Schonstatensium fundamentis quibus possessionem suam colorare vel iustificare intendunt. Ex defensionalib. vt ab initio dictũ colligũtur 4. *tituli.* Primo iura Imperij in genere & in vniuersum tam ratione Castri Imperialis quam syluarum, *à defens. 1. vsque ad 27.* Secundo specialiter in priuilegio Caroli IV. *defens. 14.* Tertio in titulo emptionis.

nis *defens. 28. n. 4*. Quarto in præscriptione immemoriali. *in defens. generali singulis pagis præmisso*. Addatur articulus 48. confuratorius, vbi sic se declarant Schonstatenses vnnd bestehet also/ daß senat⁹ vierley güetter gegrünter rechtmessiger/ beständiger cräfftiger Titul vnnd Ankunfft der Malefitz Obrigkeit/ haben/ nemlich ex Imperialib. concessionibus ratione imperialis Castri & sanctionibus sculteto Imperiali in Schonstatt/ factis, Titulum centenariẽ & vltra hominum memoriam præscriptionis. Præterea emptionis titulum, etiamsi merum imperium fuisset Burggrauiorum, quod tamẽ nunquam fuit, non est, nec erit verum.

Quoad primum iura Imperij varie fuerunt, in arte imperiali in vrbe, in syluis, in tota districtu controuerso, varijs dominis, varijs modis & titulis, siue commissa, siue concessa iam olim Burggrauijs, Comitib. de Assenheim, Dominis de Wenckbach Landgrauijs de Levventhal, Dominis de Neuenberg, Schonstatensib. quoq; ipsis & ciuib. eorum. Quædam etiã in hodiernum vsque diem ab Imperialib. retenta siue maioritatem illam & supremam Imperij superioritatẽ consideret quis, cuius inferior ab Imperatore non sit capax & quæ ab Imperio auelli non potest, siue directum dominium feudorum Imperialium Schonstatenses potissimum vrgent, ꝙ Arx imperialis ipsis incorporata & concessa fuerit (alß das Recht Haupt zu dem die Burggrävische Burck vt famula pro custodia der Käyß. Schloßpforten/ gehörig gewesen. Sic enim loquuntur in except. *n. 122. fol. 55. 56.*) Et simul cum d. arcæ iurisdictio illa & Imperium, quod præsides Imperialis siue Landtvogt/ olim ibidẽ residentes nomine Imperatorum in subiectũ territorium (hoc est vtramque syluam & circumiacentes pagos vsque ad aquas) inde appellatum Reichsboden exercebant. Ad hoc probandum adducunt, ante omnia instrumẽta literis *A. B. C. D.* quæ disponunt de Castro Imperiali eo modo, quo mox dicetur. Et allegant pro se illã iurisdictionẽ, ꝙ concesso † Castro per principem videatur concessum esse cum omnibus iuribus & iurisdictione, quę doctrina late, varie & controuertentib. sententijs à dd. tractata, vt recte ad nostros terminos accõmodeẽ, discutiẽda sũt singula illa documẽta.

68

A. In litera *A*. de Anno 1313. nihil videmus Schonstatensibus vel donari vel concedi: Imo ne committi quidem, nec sermonem ad ipsos dirigi: sed Imperator Henricus extra Germaniam in Italia existens Burggrauio suo cum Castellanis in arce imperiali Noribergæ pro parte Imperij commorantibus committit aliquid siue mãdat generaliter, quod pertinere videbatur ad publicam vtilitatem & securitatem ciuium Schonstatensium, vt nimirum pareant, & intendant, si requisiti sint, vt fuerit opportunum, & de ea re caueat Schonstatensib. Vnde in effectu nihil aliud quã defensio & tuiio Vrbis Burggrauio committitur ab imperatore. Clausula vero illa de non separando Castro ab vrbe ad eundem effectum spectat.

Et quidẽ separata iam erat arx Burggrauij, Item Wenckbachische behausungen. Et Schonstatensium intereat, ne illa quoque arx imperialis ad alios Dominos translata libertati & securitati ipsorum preiudicaret. Nec desijt per hoc arx imperatoris esse, vt eam etiam non desinit suam appellare, tum in hoc, tum in alijs documentis longe recentiorib. alienationis & translationis siue cessionis nulla facta mentione. Quod autem cauere iubentur Burggrauij & Castellani Schonstatensibus nõ plus tribuit illis, quam ꝙ etiam alias passim omnes principes & terrarum domini subditis suis iurare & cauere solent de securitate & defensione ipsorum, multo magis officiales Principum. Alterum quoq; illud de non separando castro ab vrbe simile est illi generi ꝓmissionis Principum & dominorum de non alienandis vrbib., & subditis suis siue vasallis. Eademque ratio Castrorum vrbibus impositorũ. Promissio enim hæc: me non velle alienare, nullo modo habilis est ad inferendum. Ergo in te transferam. Similis etiam illa iuris promissio, qua prohibetur, ne res in potentiorem transferatur. Ex ea nõ colligitur translatio dominij in alterutram partiũ, sed hoc, igitur ne durior fiat conditio alterius. Territorij vero alicuius translatio ex hoc documento inferri nullo modo potest. Etenim in lata illa disputatione, an cũ † Castro territorium veniat? Inter plures cautiones, quas DD. adhibent, præcipuæ fere sunt, An territorium aliquod Castro annexum sit vel non? *Couar. pract. quæst. c. 1. num. 10.* Item an aliquod expressum sit, per quod videatur territorium venisse? Item an Castrum veniat per se, & territorium per se? An eodem titulo Castrum & territorium possederit concedens? Denique ex persona & causa hoc æstimandũ esse *Affl. de cap. 4. cur vend. n. 9. & 10.* Quorum nihil videmus huc accommodari posse. Examinando enim circumstantias, Burggrauius tum erat Conradus, qui extra vrbem situm latum territorium possidebat, vt colligere licet ex donatione eiusdem de Anno. 1314. *tom. 3. prob. Duc. n. 83.* in qua mentio fit variorum pagorum eiusdem vltra & intra aquas, & ex ipsa littera *D. D. D.* à Schonstatensibus producta, constat pleraque loca extra vrbẽ in Burggrauiorum iam tum fuisse ditione & potestate.

69

Vnde siue de sũma Imperatoris superiotate loquamur siue de territorio, dñatione vel iurisdictone quã inferiorib. Imperator cõcedere solet,

solet, vtrumque penes Burggrauium erat: Nullus n. tum præses siue Landvogt alius fuit quam ipse Burggrauius, vt ex litera huius documenti apparet. Et territorium extra vrbem non Castro Imperiali annexum, sed de Burggrauijs & alijs dominis ac Imperatoribus in feudum concessum, cum etiam Schonitatenses pagum illum Wasserhoff/ nondum acquisiuerunt. Tacendo iam de iurisdictione vrbana, ciuili & criminali, cui pro duab. partib. officialis Burggraui præsidebat, Itemque de iudicio prouinciali clarius hæc intelliguntur ex subsequenti documento litera *B.* de Anno 1347. Quod duo continet, primo remissionem operarum seruilium siue parangariarum, ne ciues Schonstatenses seruitia corporalia præstare cogantur Cæsari vlterius, quam vnius diei iter. Hic si ex persona & causa æstimandum, an aliquod sit concessum territorium, non facile quis dixerit, ex remissione seruitium operarum territorij translationem inferri.

B

Alterum caput est, daß die Burg mit dem mittlen Thurn nit gesondert werde von der Statt/ nullis alijs iuribus siue pertinentijs expressis, sic nulla concessio territorij, imo ne quidem Castri, inferri potest, vt supra dictum, sed retinuit ibi Imperator officialem suum, seinem Amptmann vnnd Pfleger/ siue alius successu temporis ad tuenda Imperialia iura Burggrauiatus sit suffectus. Nihil id tribuit Schonstatensibus aliud, quam quod tempore interregni idem ille Pfleg/ Schonstatensibus ita prospicere tenetur, vt tam Castrum quam vrbs imperio salua sit, quod volunt illa verba Dem Recht der Satt zu Schonstatt damit zu warten/ Also daß die Bürger einem Künfftigen Kayser oder König damitt wartten sollen. Ergo pro bono Imperij & ipsorum Ciuium securitate Castrum illud tempore interregni custodiæ des Ampmans siue Pflegers ea ratione committitur, vt ab autoritate & consilio senatus in tuenda hac Imperij arce se non seiungat, alias ipsis liceat expugnare arcem quacunque ratione poterunt. Expugnamus autem quæ sunt in aliorum potestate, non quæ ipsi tenemus. Nullum hic verbum, vnde inferri possit, Schonstatensibus traditam tum temporis arcem fuisse: Imo ex alijs quoque documentis colligitur, non in Noricorum manu & potestate sed imperialis officialis eam fuisse. Eodem enim Anno 1347. quo datum est priuilegium hoc, extat eiusdem Caroli Imperatoris sub littera *N.* documentũ, quo cõceditur sculteto & ciuibus ius extrahendi latrones, si qui in Castrum tãquam Asylum confugerint. Quis vero eodẽ tẽpore status territorij fuit extra vrbẽ constat ex supra allegata littera D. D. D. iuncta modo citata littera N. quę p̃supponit p̃xime extra vrbem bey vnnd vmb Schonstatt persecutionem facinorum ex speciali illo priuilegio Schonstatensibus concessam in alieno fieri. Et clarius ex eo, quod Pagum Wasserhoff quinquennium ante, hoc est, Anno 342. Ciuis Schonstatẽsis Holtzmaier emerat à Burggrauijs, reseruata illis non tantum Lehenschafft sed saluis etiam Iurib. quoad Stock/ Bandt vnnd Eyssen/ vt constat ex ijs, quæ diximus circa transactionem Palatini Ludouici, & quoad Landtgericht ex transactione Harrensi. Imo quoad omnimodam superioritatem vt ex clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis de Anno 1427.

C

In documento littera *C.* de Anno 1400. expressius patet de intellectu superiorum documentorum. Nihil enim aliud Imperator disponit, dan daß wir selbst oder vnsere Nachkommen nit leiblich zu Schonstatt seyn oder wohnen/ so wölle wir dieselbe Veste niemandes eingeben noch empfehlen/ dann dem Rath der Statt zu Schönstatt/ die vns vnd vnsern Nachkommen getreulich damitt sollen gewarten. Et in eo differt hoc documẽtum à prioribus quod antea officiales suos siue Reichspfleger in Castro suo commorantes habebat Imperator. In posterum autem nulli alij, præterquam senatui illud commissurum se esse permittit. Ex quo hoc quoque elicitur virtute illius clausulæ, Daß vnser vnnd des Reichs Veste von der Statt jn kein ẽ Weg nit gesondert noch entfrembdet soll werden/ ne nudam quidem detentionem Castrini Schonstatenses translatam fuisse, sed hoc demum tempore absentibus Impp. illud custodire cœpisse. Territorij vero extra vrbem diuersissima ratio erat, vt quod feudi Iure Burggrauij tenebant mit Landtgericht/ Geleidt/ Zoll/ Wildpahn: De quo videatur inuestitura Ruperti Cæsaris, hoc ipso anno data sub littera *R.* in 4. tõ. prob. Duc. Et formaliter quidem quod extra vrbem im Schonstatter Kräiß/ Immediate iuris Imperatorij fuisse contendunt Schonstatenses nullum meri Imperij ius saltem tum habuerint, quam quod ex territorio Burggrauiatus particulariter acquirebant, patet ex venditione deß Herrenbergs/ decennium ante hoc facta Crẽseris *n. 21. in Replic. 123.* itemque ex cõtrouersa superioritate jm Wasserhoffe post quinquaginta demum annos tandẽ rite vsq; trãsacta, arbitratoria Ludouico Palatino, iunctis semper clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis.

D

In littera *D.* quæ data est Anno 1422. Imp. Sigismundus Schonstatensibus potestatem tribuit reparandi arcem, prout ipsis necessarium & commodum visum fuerit, ita vt Imperator eo melius & commodius habitare possit.

Prius

Prius documentum solam custodiam Schonstatensibus concedebat: In hoc additur facultas illam ædificandi pro arbitrio. Et inprimis notandum, quod hic veræ pertinentiæ arcis exprimantur in illis verbis. Vnser vnd des Reichs Vhesten mit jhrer Zugehörung inwendig vnd außwendig der Statt/ mit Thoren/ Thurn/ Mawren/ Gräbē vnd andern Befestigūgen. Arcis igitur pertinentiæ Schonstatensibus commissæ pro restauratione sunt portæ, turres, muri & fossæ, quæ raparatione opus habent, & præterea nihil. Porro ad docenda iura imperij vrgent Rei *in 4. defens.* Daß die Kayser jhr Residentz zu Schonstatt gehabt. Ad quod probandum producunt documentum *litera E*. de Anno 1366. sed nihil magis euertit intentionem ipsarum. Ex illo n. apertissime constat, vtcunque Impp. resederint Schonstati, territorium tamen extra vrbem non immediate Cæsaris, sed Burggrauiorum fuisse, eo plane modo & iure, vt remotiora loca aliorum Principum & dominorum tum erant. Ostendunt n. id illa verba Zoll vnnd Geleitt/ die wir hierumb in diesem Landt jemandt gegeben/ & mox specificantur Zoll vnd Gelaydt/ quæ idem Imperator concessit Burggrauio Friderico & alijs, in jhren Herrschaffen vnnd Gebietten zu bestellen/ non iure singulari, sed vt omnibus alijs principib. Geistlich vnd Weltlich/ Graven vnnd Freyherren/ id est, iure ordinario in proprio territorio. Adhuc etiam amplius ad 4. defensionalem probandum repetunt quoque priora documenta, in quibus tamen nihil reperitur, præter custodiam & reparationem arcis Schōstatensibus commendatā & imperatam, nullum verbum de Landtvogthey/ multo minus de territorio aliquo ipsis vna cum arce concesso, quod subsequens etiam obseruantia arguit. Arcis enim custodem non Landt- sed Burgvogt nominant, nec vllum Imperij vel iurisdictionis prouincialis administrationem eidem competere videre est in fine attestationum Schonstatensium, sicut post erectum Burggrauiatum alioqui etiam nullum ordinarium imperium habuerunt Castellani. Et dato aliquid iurisdictonis ordinariæ Castellano fuisse reliquum tempore commissionum imperialium, nondum tamen docuissent illud in senatum translatum cum libera potestate de eo disponendi.

Sed quid multis opus, cum de non iure ex eo constet, quod de arce imperiali & Landtvogthey nunquam inuestiti fuerint: quemadmodum ad veram incorporationem & perpetuationem iuris requireretur, prout de Castro Burggrauiorum & pagis, item syluis & officio sculteti, quatenus hæc à Burggrauijs vendita possident, inuestiuntur. Hærent igitur in limine probationum suarum, Arci scilicet iurisdictionem tanquam pertinens, vel aliud quicquam annexum fuisse. Et quatenus fuerit illud omne ciuitati vnitum & incorporatum. Pertinentiarum n. huiusmodi iurisdictionis pagorum, syluarum, Zoll vnnd Gelaydt/ nulla vsque mentio. Sic etiam quintus defensionalis expeditus est, cum nulla alia probatoria ad docendum exhibuerunt, quam illa ipsa documenta, excepto vno adhuc speciali priuilegio *littera F.* quo inprimis confidunt ad docendum transactionem, Landtvogthey. Est autem Caroli IV. Beuelch/ de Anno 1360. ahn Schultheissen/ Bürgermeister vnnd Rath de conseruando priuilegio dato ciuitatibus Weissenburg vnd Winßheim/ daß sie hinfüro ewiglich mit allen jhren zugehörungen vnnd weichbilden bey dem Reich bleiben/ vnnd bey der Pfleg vnnd Landtvogthey der Statt Schönstatt vnnd Rottenburg/ vnnd dauon nimmermehr versetzt werden/ Per documentum istud & acta alia confirmatoria eiusdem producta zu Winßheim 31. Octob. vnnd zu Weissenburg 3. Nouembris. Anno 40. *n. 67. ord. 4. litteris A. B. C. D. E. F. G. H.* prætendunt Rei dd. Ciuitates sibi & sua Landtvogthey esse incorporatas. Cum ex littera constet, nudos conseruatores alieni priuilegij ipsos constitutos, prout etiam in hodiernum vsque diem liberis ciuitatibus accensentur.

Ambiguitas autem est in vrbis Pfleg vnnd Landtvogthey/ maxime propter adiectum possessiuum Ewer. Quare respondendum ex dato huius documenti ante bullam Carolinam tempore negligentiæ Burggrauiorum per modum prouisionis Schonstatensibus hoc, vt etiam alia multa, commissum. Burggrauijs verò vel ea de causa committi non potuit, hæc protectio dd. ciuitatū, quia ab eorundem subiectione paulo ante erant redemptæ. Deinde ponderandum, quod non ipsorum tantum, sed etiam der Pfleg vnd Landvogthey Rottenburg bleiben/ an idem quod incorporare & subijcere Schonstatensibus an eadem fuerit ratio vtriusque ciuitatis Pfleg vnnd Landtvogthey/ hoc est, an sicut Schonstatenses ita etiam Rotenburgenses prætenderunt Burggrauiorum suorum iura in se translata fuisse. Ex historijs n. constat, Rottenburg † olim Burggrauiatum fuisse & tandem etiam Ducatum celebrem, *iuxta Iretric. lib. 3. c. 99. & 112.* Iudiciumque prouinciale habuisse, de quo in actis nostris allegatur transactio quædem Friderici Palatini *exceptio. 122. fol. 43.* Videtur eadem fuisse vtriusque ratio, et sicut Schonstatenses tum temporis fuerunt sub suo præside siue Landtvogthey/ ita etiam Rotenburgenses sub suo,

suo, hoc est, imperio, eiusdemque vicarijs, siue perpetuis siue momentaneis, quoad regalia & iurisdictionalia maiora: non autem quoad priuatũ & omnimodum vel absolutũ dominium, prout ante fuerant Burggrauij Schonstatensibus subiecti *VVeissenburg vnnd VVinsheim*. Nam si incorporati fuissét Schöstatensib. mutassent dominium, non meliorassent conditionem suam seu statum. Possessiuũ illud *enver* interpretandum est secundum antecedentia verba, *daß sie furbaß ewiglich bey dem Reich bleiben sollen, vnnd bey der Pfleg zu Schonstadt vnnd zu Rottenburg*. Et in effectu nihil aliud disponitur, quam si dixisset imp. *bey vnsern vnd des Reichs Pfleg: vnnd Landvogthey*, quæ & promiscue tanquam Synonima cumulantur, ita vt actiue quidem possessiuum verbum intelligatur, quoad imperium, passiue vero quoad Schonstatenses, qui & ipsi subsunt eidem præsidatui, etsi vicinarum harum vrbium imperialium simplex protectio sine vlla iurisdictione ijsdem commissa sit hoc ipso documento. Deinde ex *Augenschein* & confessionibus partium notorium est, duas hasce ciuitates extra districtum litigiosi Burggrauiatus siue *Landtvogthey* esse. Vnde argumenti huius inductio magis contra Schonstatenses, quam pro eis facit. Præsupposito enim vel dato esse, vel fuisse aliquem Noricorũ *Landtvogthey*, eiusq; incorporatas dd. ciuitates, non sequeretur vel probatum esset per hoc: Burggrauiatum eiusque terminos nunc litigiosos eodem pertinere. Quod magis magisq; patet,

71 *Landtvogthey* † hic non territorium certum, prout alias in Principib. & Procerib. Imperij consideramus, sed extraordinariam aliquam specialiter à Cæsare concessam pro tempore potestatem, ordinariam statuum iurisdictionem nullo modo infringentem designare, saluis nimirum, atq; integris territorijs & iurib. Principum aliorumq; statuum, vti in his terris sunt Burggrauiatus & vicini tum temporis comitatus item districtus vrbici siue *VVeichbildt* ciuitatum imperialium *Schonstat, Rottenburg, VVinßheim, VVeissenburg*. Illud certum est, non obstante vlla consideratione *der Kays. Landtvogthey* ante litem nostrã illibatos semper mansisse limites Burggrauiatus vsque ad muros vrbis, vel ex ipsa reuocatoria Caroli IV. supra literã E. inducta, iuncta illa antiquo transactione Friderici Palatini, de quo supra in puncto *Zoll vnnd Gelaitts*, nec non clausulis reseruatorijs vtriusq; venditionis, transactione Ludouici Palatini, Harrensi & decreto fœderis. Annectunt etiam Schonstatenses ad probationem dicti 5. defens. sub lit. *G.* quæ est

H vidimus documenti literæ *H.* neutrum tamen verum Originale, sed in re antiqua accedente dignitate transsumentis fidem aliquam meretur: præsertim quatenus liber ille Schonstatensiũ, quẽ corã commissario appellant *Brieffbuch*, ex quo desumpta est litera H. pro authẽtico habetur, cõcordare vtraq; Notarius item testat; In d. documento, cuius datũ est de anno 1373. mentio fit duorum præsidum siue *Landvogt* qui præteritis temporibus fuerint *Herr Ludwig von Griedell vnd Henrich von Durckheim*, quorum posterior circa annũ 1339 præsedisse colligitur ex litera *I*. Et sic vterq; ante

I Carolinã Bullã, qua cassantur anteriora in præiudicium Burggrauiorum cõcessa: Explicant, autẽ in hoc eodem documento iura *der Forster vnnd Obersten Forstmeister*: Criminalia ibi separantur & remittuntur ad loca competentialia his verbis: *Vnnd sollen auch die Erbforster das Recht sprechen, ohn vnd was Halßgericht ist, das sollen sie thun ahn den Stätten als recht ist.* Alia quoq; maioris momenti ad syluas pertinentia reseruantur ibidem *dem Landtvogt*, præsertim in illis verbis: *Ob sie keinerley Sachẽ angieng, die nur (dem VValtstormer) zu schwer wehre, vnnd daraus ich sie ahn einen Landtvogt weissen.*

Sed notandum est illud ipsum, quod in hoc documẽto coram veterib. illis præsidib *Griedel vnnd Durckheim* factum esse dicitur, ipsos etiam Burggrauios exercuisse, vt constat ex recognitione huius documenti coram commissario facta, ibi habetur *daß der Producierte Brieff also anfahe*: Item *etlich Sag vnnd Articul von des VValtrechts wegen, nemlich als Burggraue Friederich vor etwan viel Iahren des Raths vnnd die Schopfen der Statt zu Schonstatt auch die Stromeier, vnnd den Forstmeister, vnd alle die Forster zwischen Schonstatt vnnd Neutorff gesessen, vor sich gehn Schonstatt gefurdert vnnd die gefragt, was Gerechtigkeitt die Statt Schonstatt vnd die jegendt daselbst in dem VValt haben.*

Si quæratur quo iure, ille Burggrauius citarit & examinarit Schonstatenses Stromeieros, *den Forstmeister vnnd Forster* in sylua Laurentina, in qua minus iuris habuisse videtur quam in Sebaldina (vti colligitur ex primæua inuestitura & alibi) Respondetur ordinario superioritatis iure in hos omnes, non attentis specialib. singulorum inuestituris siue imperialib. siue Burggrauialib. alijsque titulis vndecunq; competentib. idque ratione iuris syluatici in suo territorio controuersi, secundum iura communia, *tit. C. vbi in rem actio* quæ in hoc secuta est Harrensis transactio. Informatio autem præsidum illorũ *Griedel vnd Durckheim* de iurib. Forstariorum non videtur proprio & ordinario iure facta. Agebatur enim de feudis imperialibus.

Deinde verba illa d. documenti literæ *H.*: *Alß das jhnen von des Reichswegen empfohlen was worden* specialem commissionem sapiunt.

Ad probationem 9. & 11. defens. quod Syluæ cum omnibus intra sitis & circumiacentib. pagis, pertinentiæ arcis & Imperatorum *eigenthůb gevvessen*, & quod in ijsdē habuerint, *alle Hohe Obrigkeit*, producuntur documenta literis *I. K. L. & M.*

K

In prioribus tribus, quæ vnum continent, exprimuntur iura *der Heitler* iam inde ab Anno 1350. quo datum est Caroli priuilegium litera *I.* cuius reliqua duo confirmatoria sunt. Sed constat iam ex superioribus arcem solam & separatim diuersis temporib. Schonstatensib. siue commissam siue concessam, nullis alijs expressis pertinentijs, quam portarum & murorum, &c.

Vt quantum quidem ad iura syluatica hoc est, *Forstgericht*, *Heydelgericht*, attinet ea separatim contractibus inter Schonstatenses, & TT. Item dominationes de ZZ. denique ipsos Burggrauios diuersis temporibus celebratis vendita & alienata.

Quantum vero ad *Todtschlag in den Gerichten geschehen* vt illa in littera *G. & H.* separantur à iure *der Forster vnd Forstgericht*: ita etiam hic discernuntur à *Zeidelgericht*. Et ibi quidem sine certa definitione remittuntur *ahn die Statt, da es hingehort*. Hic autem alternatiue ad *Landtvogt oder den, der es von Rechtsvvegen innenhat*.

Vnde manifeste apparet non probari quod criminalia omnimode & simpliciter pertineant ad *Landtvogt*, sed differentiam dari inter *Landtvogt* qui ratione officij nō ordinarij neque hæreditarij siue perpetui, fatentur enim Schonstatenses *das im hundert ja biß im zvveyhundert jharen, kein Landtpfleger oder Vogt, vff das Kays. Schloß, vveder in die Stadt vvere Verordenet vvorden*, in exceptio. nu. 122. pag. 56. talia exercuit per delegationem siue commissionem. Et eum qui tenet ab imperio iure territorij in feudū concessi, sicut constat de Burggrauio ex inuesturis Imperialibus præsertim post Carolinam bullam, quæ incidit in illa tēpora, circa quæ desijsse præsidum officium ex Schonstatensium confessione modo diximus. In documento litera *M.* sculteto & senatui Schōstatensi id cōmittitur ab Imperatore Carolo Anno 1358. quod antea dicebātur ex singulari commissione fecisse præsides illi *Griedel vnd Durckheim* in litera *G.* & sine commissione *Burggraue Friederich* iure suo, sicut in recognitione eiusdem litera *G.* supra allegata. Nec potuit cōmissio sculteto & senatui facta præiudicare Burggrauio, qui in ipsos illam eandem potestatem habebat cōuocandi & citandi, vt in d. recognitione. De sculteto certe notorium est, quod *Schultheiß ampt vnnd daß Gericht zu Schōstat* pro duabus partibus Burggrauiorum fuerit, Anno 1273. hoc est, à prima inuestitura vsque ad Annum 1427. hoc est, vēditionem ipsam.

Multo minus probatur 10. defensionalis, quod propter dominum Imparatorem, & omnimodam iurisdictionem districtus intra aquas appellatus fuerit *Reichsboden*, qui postea factus sit *der Stadt Grundt vnnd Boden*. Ad illud probandum allegatur litera *L. M.* quæ est inuestitura Imp. Wencesłai facta Waldtstromeris, quoad *Forstmeister Ampt, vnd Fuhrreidt*, de Anno 1396, quo ipso anno ciuitati ius illud suum vendiderunt. Et eodem pertinent documenta literis *EE. FF. GG. NN. OO. PP. QQ. RR. SS. TT.* Quæ documenta Rei contrario modo ad probādos & defensionales 19. & 36. produxerunt, quorum alter ponit omnimodam *Herrligkeit* ad Impp. & eius præsides pertinuisse. Alter vero loquitur *von etlichen Amptern, Zinßen, vnnd Gulten, &c.* Et sic de iuribus particularibus *ohne einige Obrigkeit*, vt dicit sequens defensionalis 37. Vtcunque igitur districtus ille nominetur *Reichsboden*, & quæcunque iura alij in eodē habuerint, Burggrauij tamen ibi habuerunt iure Imperialis feudi *Landtgericht, Geistlich vnd VVeltlich Lehen, Zoll, Gelaidt, VVildtpahn, vnnd andere des Burggrauethumbs Herrligkeitten* vt constat ex inuestituris Imperialib. & clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis, de Anno 1467. Et à Ducatu B. in inferiore parte dicti districtus pro vicinis habiti sunt, quoad *Herrligkeit & Halßgericht*, vt docent attestationes de Anno 1468. *im Neutorffischen Saalbuch*. Adhibitis vero Hohenbergensib. & Eberbacensib. intra hunc ipsum districtum pro superiorib. *Schutz vnnd Schirm Herrn* habiti sunt *in Carbenheim, VVolckenhausen, Schvveinheim, Pittenlang, Eschberg*, vt in pagis dicetur. Waldtstromeri quoq; *zu Reichershausen* agnoscūt *Grundt vnd Boden* Ducum esse, & alij alibi in hoc ipso districtu, vt in inuestituris supra in deductione tituli Buurggrauiatus in verbo *Leben* adductis. Iunctis etiam quæ ibi deducta in verb. *Hohen Gericht*.

LM

Nūc præterita litera *N.* ad probandum 12. 13. 14. & 15. defens. allegata, cum pertineant ad singulare ius persequendi, & sic ad secundum principalem Reorum titulum, percurrenda prius reliqua documenta, quibus iura Imperij in se translata esse contendunt.

N

Littera igitur *O.* data de Anno 1353. præsupponit Imp. Carolus Burggrauiorum dominium in syluis, negligentiam eorundem in tuendis eiusdem. Denique ab vsu rei propriæ, in detrimentum, ciuitatis Imperij Schonstatensis & priuatorum qui fuit debeant dd. syluis, in verbis ibidem. *VVan die Edle Burggrauen, &c.* Vnde Imp. cum † Reipubl. interfit, ne

O

71

sit, ne quis re sua male vtatur, præsertim vero directi dominij iure, necesse habuit de ea re prouidere. Sic prohibet omnia illa innouata & attentata ad destructionem & deuastationẽ syluarum, executionem mandat sculteto Norico & ciuibus. Scultetus subordinatus est Burggrauio, exemplum dedimus supra ab initio in descriptione Burggrauiatus de sculteto Aldenstatensi. In nostro vero casu non subordinatus tantum, sed pro duabus partibus iure feudalis dominij subiectus Burggrauio. Hæc igitur prouisio ipsi Burggrauio non præiudicat, vt qui per proprium scultetum ius suum conseruauit, & per Carolinam Bullam postea contra dictam negligentiam restitutus sit. Reliquæ quoq; clausulæ huius documenti meram commissionem sapiunt. Comminatur enim ciuib. ni faciant mandatum. Auxilium promittit ni casu necessitatis & difficultatis *als fern sie darzu Recht haben*. Ciuium vero ideo specialis facta videtur mentio, cum quod priuatim eorum interesset, quantum ad iura in syluis cõpetentia ciuitati, tum etiam quod propter vicinitatem & potentiam idonei reputarentur executores, quorum opere scultetus in exequendo vteretur in causa communi & publica.

P Litera P. de Anno 1371. senatus iubetur *begelaitten* eos, qui extra ordinem ab illo petũt, extra ordinem puta, quia sine termino & indefinite loquitur de omnibus quicunque petant. Nec Burggrauio præiudicat, quia iam ante de eodem inuestitus erat, vt supra litera E. Schonstatenses certe nullum ordinarium ius vllius *Gelaidts* extra vrbem habuisse ex *Bundts decret*, & actis ibidem constat, tacendo de clausulis reseruatorijs venditionis Anno 1429.

Q Litera Q. de Anno 1378. similiter alios dominos præsupponit intra milliare ab vrbe, quib. alioqui iure proprij territorij suis casib. & cæteris parib. extra causam hanc priuilegij competere posset *Stadtrecht, Marckrecht, vnd Halßgericht auffzurichten*.

R Eadem ratio litera R. quæ cum data sit Anno 1464. & sic 32 annos post venditionẽ, bene ponderanda est, nimirum ne tum quidem ius proprij territorij Schonstatenses habuisse intra milliare ab vrbe sua, quod plurimum facit ad elidendos eius temporis actus Reorum, tãquam priuilegiato & non ordinario iure exercitos in alieno territorio.

Quæ sequuntur documenta ad plene probanda iure imperij in Schonstatenses trãslata ad 19 defens. referuntur. Litera S. de Anno

S 1350. non continet incorporationem syluarũ vt Schonstatenses intelligunt per hæc verba, *daß die VValdt vnnd der Forst beyderseits des VVassers*, cum pertinentijs *bey der Statt Schonstadt evviglich bleiben sollen, mit allen Rechten, Freyheiten, guten Gevvonheiten, alß sie von alters von Rom. Kayßern vnnd Konigen, auch von vnß hergepracht vnnd kommen seyn*. Primum enim satis intelligitur iam, quid sit *bey der Stadt*, sicuti *dauon nicht abgesondert vverden*, ex ijs quæ circa arcem imperialem diximus.

Cautum siquidem habebant Schonstatenses iam inde ab Heinrico VII. Imp. & successoribus eius, ne arx alienaretur vel separaretur ab vrbe. Interim tamen ipsi eam etiam non tenebant, sed imperatorum pro tempore *Amptmenner* siue *Reichspfleger*.

Primus fuit Rupertus Cæsar, qui 90 annos post Heinricum Schonstatensib. vlterius cauit, se & successores imposterum nullis alijs commissuros d. arcem in casu absentiæ imper. Deinde conferenda est superius allegata litera O. tribus annis hac posterior, in qua, vt ibidem dictum, præsupposito Burggrauiorum dominio, nec non negligentia, & ab vsu rei suæ cum detrimento publico, extraordinem Schonstatensib. demandatur tuitio dd. syluarum, quo non fuisset opus, si ex vnitione & incorporatione generali iam allegata, antea pleno & ordinario genere id facere potuissent & debuissent.

Tertio, verba illa, *bey der Stadt bleiben*, interpretationem sumunt ex adiunctis illis *alß sie võ alters von den Kaißern hergepracht*, videlicet hoc modo, Imperator siue imperium habebat directum dominium, Burggrauij in feudum tenebant ab eodem imperio varia iura in syluis, quæ vendiderunt post 20 annos Schonstatensib. reseruatis *VVildtpan, Lehen, Gelaidt*, & subditorum suorum iuribus in vtraque sylua.

Habebant præterea TT. *Fuhrreiten* quam longe post datum huius literæ S. vendiderunt Schonstatensib. Anno 1396. prout in supra allegata litera EE. Item *das Obrist Forstmeister Ampt* in sylua Laurentij, quod eodem Anno Schonstatensib. vendiderunt, vt in litera T.T. Alij quoque ciues dicti *die Forstmeister* in eadem sylua Laurentina habebant *ein Forstampt* quod similiter eodem fere tempore, quo TT. vendiderunt Schonstatensibus, vt testantur Impp. Robertus & Sigismundus, literis RR. SS. Forestariorum vero & Zeidelariorum iura in genere contrafuerint ex ponitur supra in allegatis literis G. H. I. K. L. nempe inter cætera, quod Forestarij subsunt Waldstromeris, habentibus ab imperio *das Oberst Forstmeister Ampt* & Zeidelarij *des Reichs, Zeidelmeister zu Hohensaẽ*, coram quib. respectiue bis in anno deferunt *die VValdtrugen*, ita tamen vt excipiatur *vvas Halßgericht vnd Todtschlag in den Gerichten geschehen*.

Cæterum omnes tam Forestarij quam Zeidelarij: Itemq; *die Oberforstmeister vnnd ander Amptleut* in superius allegata litera M. iubentur coram sculteto & senatu iureiurando exponere omnia, quæ syluis commoda vel incommoda esse possunt, sub pœna priuationis officiorum suorum ac iurium in syluis. Ipsi vero senatui præerat Burggrauius, vt dictum in recognitione litera G. & in litera O. supra. Burggrauijs negligentib. officiũ suum subordinatur scultetus & senatus. Hoc igitur statu imperij Carolus in litera hæc S. syluas vult manere apud ciuitatem sartis tectis iurib. ciuium: Burggrauio vero non excluso, imò plenissime iuribus eius confirmatis postea per auream bullam, & cassatis contrarijs. Quibus accedit, quod de iure vero syluarum cum ciuitate non præiudicat territorio Burggrauiatus. *arg. text. c. 2. extra de religios. dom. Socyn. in c. sicut vnire. num. 118. extra de excess. prælato.*

T · Litera T. de Anno 1365. concernit *Verpfandung des Schultheissen Ampt, vnnd des Zolls zu Schonstadt* in manu Friderici Burggrauij. Quod intelligendum non de duabus partibus d. *Schultheissen Ampts* vel consensu *vff den Zoll* quæ iam ante feudi iure tenebat ab imperio, sed de tertia parte & iure imperiali. Addatur litera III. in except. 122.

V Litera V. Commissio Heinrici Imp. de Anno 1309. ad scultetum consules & ciues Schõstatenses de destructa & vastata sylua redigenda in pristinum statum, de quo supra in litera *G. O. & S.*

X Litera X. de Anno 1331. Imperator Ludouicus transgressores ordinationum syluarum iubet puniri in articulis ibi expressis à iudice & ciuibus Schonstatensibus *ahn Leib vnd ahn Gutt, nach dem sie dunckt, daß sie vervvurcket haben.* Restringuntur hæc ad articulos ibi expressos, Item ad personas certas, *Amptleut, Forster, Zeidler, vnnd vver zu dem VValdt gehort*, iuratas senatui ante venditionem Castri, Pagorũ, Syluarũ, *vnnd des Schultheissen Ampts.* Hæc commissio Burggrauio (cui subordinatus erat & respectiue subiectus tam scultetus quàm senatus) nihil præiudicabat, post venditionem non pręiudicat, propter reseruatum *Burggravethumbs Herrlichkeitt, außvvẽdig der Statt.*

Et quia punitio hæc siue *VValdträg* discernitur ab ordinaria causa capitali siue *Halßgericht* in litera *G. & T.* vnde pœna illa trãsgressionis legum ibi præscriptarum, ita vt non pręiudicet *dem Halßgericht* à iurib. syluaticis manifestè separatur.

Y Litera Y. concernit *Ervvechßlung der Fuhrrendt* Anno 1339.

Q Litera Q. Anno 1340. Imperator prohibet *Schaitern, Pachen, Glassoffen machen* transgressores iubet puniri, à sculteto & ciuibus *am Leib vnnd Gutt* non maiori vtique Burggrauiorum præiudicio quàm in supra dicta litera X.

AA Litera AA. Wenceslaus Bohemiæ Rex Anno 1366. ætatis suæ quinto confirmat duo priuilegia patris sui imperatoris Caroli de Anno 1355. & 1358. continentia iura Forestariorum & Zeidelariorum, vbi sculteto & ciuibus Schõnstatensibus datur potestas puniendi in reb. & personis transgressores ordinationum syluaticarum, quod tum fiebat sub autoritate quoque Burggrauij, ad quem iudicium *in Schonstadt* pro duabus partibus pertinebat ex feudo, & qui præsidebat senatui in cognitione iurium syluaticorum, vti in cognitioe literæ *G.* exprimitur quoque subinde alia pœna, nimirum priuationis officij & vtilitatum in syluis ex eadem causa, quæ pœna alternatiue sese habens, cum illa altera puniendi in rebus & personis, ostendit non ordinariam, maiorum crimnalium punitionem huc pertinere, facta illa præsertim separatione *des Halßgerichts* litera G. & F. Præter hæc & in hoc ipso documento continetur etiam, quod Imperium Castrum B. in dictis syluis situm eodem modo & intentione & cum omnibus iuribus committit ciuibus sicut Castrũ suum & fuerint super *Schonstadt* vt sit ipsis ciuibus cum ijsdem parendum & intendendum.

Qua de re dictum in literis A B C. Hic sufficiat, quod particulares hæ commissiones nõ præiudicant Burggrauio vniuersalia & ordinaria territorij iura habenti ex inuestituris imperialibus ex clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis & transactionis, iunctis clausulis de rogatorijs inuestiturarum & confirmationum.

BB Litera BB. de Anno 1310. Est Imp. Henrici mandatum de sylua in pristinum statum redigenda, sculteto & consulibus factum, quibus etiam super hac re vult iurari à Forestarijs & Zeidelarijs: sed adhibenda semper litera O. & recognitio literæ G. quæ præsupponunt primarium caput ipsum Burggrauiũ, ad quem scultetus quoque pertinet, & qui senatui in simili causa præsidet. Ex hoc apparet ea quæ sita sunt extra vrbem vna cum arce imperiali non translata esse: Imo ne cum syluis quidem omnia in ijsdem sita eodem modo venire.

CC Litera CC. Idem Imp. officium Foresti in feudum concedit Ottoni *Forstmeister* Anno 1309.

DD Litera DD. de Anno 1337. Imp. Ludouicus Hartmanno *Biber acht kleine Kolsevver in des Reichs Forst.*

Litera

EE. FF. GG. HH. Litera EE. FF. GG. ad singularia iura pertinent *der VValdtstromenner vnnd Herren von Laufenberg ohne einige Obrigkeit*, vt fatentur *Schonstadenses in 37. defens.* Litera HH. est inprimis notanda. Sępe iam dictum, iura Forestariorum & Zeidelariorum sub potestate & autoritate quidem sculteti & senatus Schonstatensis contineri, ita tamen vt non excludatur caput ipsorum Burggrauij: id maxime firmatur hac litera, quæ data est Anno 1334. Nam argumentum eius, hoc est, q̃ quilibet Forestarius habebat Priuilegiũ fori *an keinem Stadt Recht zu stehẽ, dãn vor des Reichs Hofe oder vor dẽ Landtvogt, oder vor dem VValdstromer.* Vnde cum duo Forestarij *zu Landtsburg*: (qui loc⁹ tũ Comitũ Assenheimẽsiũ erat, sub pfectura Neotorfensi ad eosdem spectat) traherent in ius corã Scabinis *zu Landsburg*, Priuilegij autẽ sui vindicem appellarẽt *den Landrichter Zu Schonstat*, annulabant & cassabãtur ab eodem actitata *zu Landtsburg*. Manifestum inde patet iterũ exemplũ, q̃ Burggrauius vicẽ Imperatoris supplebat & ordinario suo iure ea exercebat, q̃ quenq; specialiter dicuntur ad *Landvogt* & alios s̃ nominatos ptinere. Neq; n. aliud fuit vniuersale iudiciũ, in quo præses puinciç iudicialiter aditus, vice Cęsaris partes suas interponere potuit q̃ iudicium illud prouinciale, siue *das Kaiß. Landtgericht* Burggrauiatui iam incorporatũ. Vnde patet, iurisdictionem in Forestarios & Zeidelarios tanquã vasallos Cæsaris singularem fuisse ab ordinaria causam exemptam, & in causis quidẽ ordinationũ syluaticarum Schonstatensib. ita comissam, vt tñ ipsi senatui psederit Burggrauius cõuocando eundem & oẽs Forestarios, interq; ipsos de singulis iurib. syluis cognoscẽdo, put in recognitione literæ *G.* In alijs autem causis inter Forestarios emergentib. iudicem cõpetentẽ fuisse *des Reichs Hoffrichter*, itẽ *der Landvogt*, & post hunc *der VValdstromer*, tanquam *Oberster Forstmeister*. Loco autẽ *des Landvogts* adiri potuisse *des Burggrauen Landtgericht*, à Forestarijs: Ordinariã vero locorũ iurisdictionem ciuilẽ & criminalẽ vniuersaliter quidem Burggrauiũ exercuisse p *Landgericht*: Particulariter vero quoad singula loca extra vrbẽ iure territorij saltem tũ temporis, vti constat de *Holler, Kleinbuchen, VVasserhoff, Landtsburg*. Ac vbi domiciliũ fouebãt Forestarij illi, de q̃b. in hoc documento agit, tũ erat Comitũ Assẽheimensiũ postea vnitũ Burggrauiatui, vti pbat ex venditione Assenheimensi, & inuestitura Caroli IV. de anno 1364. *in 4. tom. prob. Duc. litera CC. & DD.*

Pagũ item *Hohensaen* vbi ab antiquo resedit *des Reichs Zeidelmeister*, ad Burggrauios pertinuisse, quantũ ad criminalia attinet, constat ex vrpheda & anno 1412. *n.88. in 3. tõ. pb. Duc.* sic etiã quoad *Eichgelbach & Reichsstrassen bey Schvveinheim* criminalẽ tũ iurisdictionem ad Burggrauios ptinuisse mandatũ ostẽdit duplex vrpheda de Anno 1415. *in 3. tõ. pb. Duc. n. 91. & 92.* Ibidẽ in superiori quoq; tractu circa *Rodẽstein & Herrẽburg*. Burggrauios iã olim habuisse *Fraischliche Recht vnnd Halßgericht*, docet ex inuestitura *n.31.* in replicis repetita corã *Büdsstandt*, & in causa natura in responsione ad primum præiudicialem.

II. Litera *II.* de Anno 1339. Imp. Ludouicus à ptectione pręsidis & officialium imperialium eximit Abbatem *zu Ilbenfeldt*, dicens, *daß er jhnen in sein besondern Schirm vnd Friedt genõmen, vnnd das empfohlen* Sculteto Schonstatensi. Multa de *Landtvogthey* in se translata glorianẽ Schonstatenses, quæ hoc anno adhuc penes Heinricum de *Durckheim* fuit, & quatenus cessio aliqua facta fuisset, tñ non ipsis sed sculteto imperiali pro duab. partib. iure feudi ad Burggrauium ptinenti *litera T. & litera III. in except. 122.* quæ innunt ab Anno 1323. vsq; ad annũ 1367. ius illud pignoris non resolutum fuisse, facta esset, nec plenæ cessionis sed commissionis modo & iussionis. Deinde non quoad totam & omnimodam functionem, sed tñ quoad certam & singularem eius functionis particulã, vt est ptectio *des Apts zu Ilbenfeldt*, vbi etiã alia quędã Cęsaris iura p partes distinctis temporib. Schonstatensib. subinde commissa adit Castrum imperiale *zu Schonstadt*. Quod autem tota illa functio *der Lãdtvogthey* Schonstatensib. siue cessa siue comissa fuerit, nullũ verbũ vspiã in documentis ipsorum nec vllo modo sibi ea in re cõstant, nunc ad incorporationẽ arcis imperialis, nunc ad tempora abolitorum præsidum administrationis illius translationem referentes. Vtcunq; autem sit, ad ordinariam iurisdictionẽ territorio inhærentem nihil ptinet. Eam n. Burggrauius nomine Cæsaris, vt s̃ dictum, vniuersaliter exercebat p *Landtgericht*, & iure proprio feudali passim in controuerso districtu, vt sæpius iã dictũ. Ac criminalis quidẽ iurisdictio tribui etiam videt *dem Landtvogt* s̃ in litera *I.* Sed non absolute, nec quoad rem nec quoad psonã vt ostendit ex verbis, *vnd vvas auch Todtschlag in dem Gericht geschehen, das gehort einem Landtvogt, oder dem, der es vmb Rechts vvegen innen hatt.* Et sic psidi quidẽ puinciæ tanq̃ officiali Cæsaris ex suprema potestate Principis reseruata, idq; extra ordinẽ, puta ad effectum puidendi atq; supplendi defect⁹ ordinarij, qui ab imperio tenet in feudũ, in caussa negligentiæ, denegatæ iustitiæ, aliorũq; abusuũ iuxta illud, *vveil die edlen Burggrauen* vt s̃ litera *O.* Similiter etiã alibi ab impio psidiatus siue *Landvogtheyen*, iã olim fuerunt extraordinariè p tempore puisiue constituti & adhuc quibusdam in locis supersunt, non abolitis interim ordinariorum iuribus.

Concludo, Titulũ hunc vniuersalium iuriũ Imperij in hoc districtu in Schõstatenses cum arce Imperiali translatorũ, vt prętendunt, probatũ nõ esse. Iidem *in 22. defens. cum trib. seqq.* ex omnibus præmissis particularibus inferunt cessionem omnimode iurisdictionis; idq; referunt ad Annos 150. ante exhibitos suos defensionales, ꝙ tempus incideret in annum 1383. ibi nullũ plane extat documentũ. Illa .n. documẽta literæ *A.B.C.D.* ad 3. defens. probãd. adhibita & huc repetita longe anteriorib. & posterib. temporib. data sunt, & nihil præter nudam cõmissionem arcis & partium ei⁹ *Thurn, Thor, vnd Mavvren* cõtinẽt, de quib. sup. satis dictũ, vti & de iudiciali & extraiudiciali, tũ cognitione, tũ executione criminaliũ extra vrbẽ. Vnde contrariũ potius elucescit, ꝙ & ante & post tẽpus illud, in ꝙ translationem *der Landtvogthey* conferunt Schonstatenses, territoriũ extra vrbẽ Burggrauiorũ fuerit, ꝙ ad *Lãdtgericht, Zoll, Gelaidt, VVildtpahn, vnd andere Heerligkaitten*, docentibus id inuestituris, & aurea bulla, præsertim iuncta littera *E.* de Anno 1366. & trãsactione Friderici Palatini, 386. clausulis vtriusque venditionis. Itẽ trãsactione Ludouici Palatini, Harrẽsi, & decreto fœderis. In specie vero quoad ipsam executionem criminaliũ ante vẽditionẽ, pter confessionẽ Schonstatensiũ toties repetitã addãtur Vrphedæ de Anno 1412. & 1415. Ex quib. illud clarissime quoq; cõstat, *das die Burggraven innerhalb der VVasser, einen Landtfriedens Hauptman gehabt, Herrn Ehrenfrieden von Sechtendorff Rittern. Item einen Hoffmeister H. VVeyrauch von Traitling* quorũ arbitrio facinorosi relegati & restituti sunt.

Secundũ principale fundamẽtum Reorum est priuilegiũ Caroli IV. de Anno 1347. ꝙ habetur inter documẽta ipsorũ litera *N.* Sed nullam id iurisdictionẽ penitus tribuit Schonstatensib. sed ius Asyli adimit latronib. promittit sculteto ius salui cõductus, *das er auff vnser vnd des Reichs straffen Belaitten vnd Beschirmen, alle die darauff Reitten, VVandern oder Gehen, ohne aller Hern vviederrede.* Sed iam ante dictum, ꝙ Schonstatensib. ante bellum Bauaricũ, nullum prorsus cõpetient ius ordinarij salui cõductus siue *Gelaittens* extra vrbẽ, prout in decreto fœderis diserte exprimitẽ. Præterea additur in hoc priuilegio: *VVo vnser Schultheiß schadliche leutte, Rauber, vnd Brenner gevvahr vvird, dann soll er vnnd mach jhn nachfolgen von vnsert vnnd des Reichs vvegen.* Vbi similiter præsupponitur, ꝙ in aliorũ dominorũ territorijs persecutio hæc fiat, ibi, *es sey Furst, Heer, Ritter, oder Knecht, in der Landt oder Vesten die sie angreiffen.* Et hic qdem vnicus & verus titulus est Schonstatensiũ persecutionis facinorosorum extra vrbem, excepto ꝙ de *Holler & VVasserhoff, itemq; Tiefloch* ex singularib. transactionib. fatetur Illustris. D. Idẽ titul⁹ & causa exprimitur in libris ipsorum, vnde actus suos extraxerũt, vt post videbitur. Caussa huius priuilegij ab initio hui⁹ documenti his verbis notatur, *mancherley Missethat, die bey vnd vmb sie*, puta *Schonstat, geschehẽ*, quæ verba ad hoc põderanda, ꝙ proxime circa ipsam vrbem pręsupponitur ordinario iure ciues Schonstatenses delicta punire nõ potuisse, nisi extraordinario modo & speciali iure subuenisset Imp. vera illa *schadtliche Leutt* exẽplificatur in latronib. prædonib. incẽdiarijs, diffitatorib. receptatorib. hospitib. nõ restituẽtib. deposita. Itẽ *das man alles freuentlich fordern fur ein Raub halte soll.* Ex quo facile colligere licet, ꝙ lata potestas Schõstatensib. data sit extra vrbem in alienis dominijs siue districtib. prosequendi facinorosos & quoscunque suspectos. Vnde oẽs ipsorũ actus ambigui, equiuoci & nõ concludẽtes reddũtur. Cumulatiuum igitur vel potius subordinatũ & subsidiariũ est exercitiũ hoc, nõ priuatiuũ, extraordiriũ nõ ordinarium remedium vagũ, incertũ, nullis limitib. terminisq; circumscriptum, ne scilicet delicta enormissima propter iurisdictionũ diuersitatẽ maneant impunita. Quo faciunt etiam illa verba, *das denen die sie beschadigt haben an Leib vnnd Gutt, vnnd sonder dem Landtrecht, von jhnen geschehen, nach der Statt Recht.* In quibus verbis vrbicam iurisdictionẽ Imp. ꝓ magis celeri expedita & facile habere videtur quã ordinariorũ iudicia, q̃ sæpe ꝓ diuersitate districtus impedire & quasi interpellare solẽt persecutionẽ maleficorũ. Vnde etiam articulus ille tanquã generalis postmodũ in pacẽ publ. est translat⁹ cũ adiectione formę & modi. Sicut autẽ remotiorib. ordinarijs nõ præiudicauit Schonstatensiũ *nachvolg* siue *nacheill.* Ita nec Burggrauio magis vicino: Muros n. vrbis egressi (qui inter vtrosq; distinguunt & discrimant, vt sæpe iam dictũ) eodẽ speciali iure cõcurrendo vtuntur. Sicut & clari iuris est, ꝓ † iurisdictionẽ cõcessam iudici speciali nõ intelligi sublatam in illo casu iurisdictionẽ iudici generali *Nellus in tr. de Bannitis in 2. p. primi temp. quæst. 11. n. 52. Paris. de puteo, in tr. de Syndicatu in verb. arbitrium. n. 10. ꝓ l. 1. C. de off. pfid. vrb.* Item iurisdictionẽ † iudicis ordinarij in caussis priuilegiatis nunquã videri sublatam per dationẽ parlantis iudicis in certo genere caussarum vel psonarum. *Ioh. And. quẽ sequitur ibi Dom de S. Gemin. in c. ꝓ hoc, in vlt. col. de heret. lib. 6 Aretin. consil. 107. nu. 2.* Facit distinctio Angeli *in l. testam. n. 7. ad fin. ibi, idem si fauore Reip. C. de testam.* quia in dubio specialis iurisdictio alicui concessa, censetur attribui cumulatiue nõ priuatiue, *Hyppol. Riminal. in §. 1 Inst. de donat. n. 29. Boer. cons. 156 nu. 7. vol. 3.* Et posito quod sic in aliquo Carolus Imp. p hoc læsisset Burggrauium id omne tamen in aurea bulla restituisset & reparasset. Transactiones quoque Ludouici Palatini, & Harrensis. Item *Bundts decret* iura Burggrauiorum

73

74

rum ordinaria per omnia illibata conseruarunt. Vnde concludendum priuilegium hoc non modo non tribuere, sed etiam penitus euertere omne præteritum ius Schonstatensium, quoad ordinariam puniendi potestatem extra vrbem.

Tertius principalis Schonstatensium titulus est emptio de Anno 1427. In defens. 28. allegant tantum emptionem syluarum, nulla facta mentione venditionis castri & pagorum coram *Bundtsstands* vero emptionem Castri & sex pagorum potissimũ vrserunt. Verum alibi in hac ipsa causa d. emptionem castri vna cum alijs fundamentis contra Illustr. D. cœperunt, non tamen in originali edito documento illo, sed tantum copia producta in Replicis 123. tam venditionis Castri quam confirmationis illius plenioris sigismundi.

Dicendum primo de venditione syluarum, in qua (prout refertur *RR.* inter documenta Schonstatensium, *& n.77. in 3 tom. prob. Duc.*) inter alia habentur hæc verba: *Verkauffen all vnser Recht ahn vnd vff dem VValdt bey Schonstadt vff dem Landt vnd vff der Seiten S. Sebaldt Pfarr, mit sampt dem Viehehoff Katzenbach &c.* Item *Forstgericht* cum suis iurib. & pertinentijs, *die zu demselben VValdt vnnd* dd. *Guetern geboren, es sey ahn VVassern, besucht oder vnbesucht.*

Postea ad alteram soluam habentur hæc: *All vnser Recht vff dem Schonstatter VValdt, vff der Seitten S. Laurentij, vvie das alles genant ist, vnnd zu demselben VValdt vnnd Guettern geboret,* nullo excepto *in beyden VValdten, vnd in allen vorgeschriebenen Dingen, dann allein vnser VVildtpahn, Leben vnnd Geladt, vnnd vnderschiedtlich der Rechten vnserer Leutt vnd Gueter vmb vnd an beyden vorgeschriebenen VValden.*

Hic quæritur an venditum sit merum imperium cum syluis? Antea dictum circa documenta imperialis Castri mentionem facientia, considerandum esse ex traditis & notatis DD. An iurisdictio aliqua annexa sit Castro, an vero illud per se subsistat, & iurisdictio per se? Itẽ an aliquid expressum sit, per quod videatur simul venisse iurisdictionem?

Deniq; ex persona & causa hoc æstimandum esse. Id nunc considerandum circa syluas. Et quidem inter pertinentias hic expressas, nihil reperitur quod iurisdictionem aliquam sapiat, pter *Forstgericht vnd Forstrecht*, à quib. separari expresse *das Halßgericht*, Item *Todtschlag*, constat ex supra deductis literis *G.H.I. K. L.* Forestarios nihil commune habuisse cum ordinarijs iudicijs, sed vt Cæsaris vasallos coram *Reichshöff*, vel *Landtvogt*, vel *Forstmeister* conueniri potuisse similiter ostensum.

Cõfirmatio Sigismũdi, litera *LL. & MM.* relata inter documenta Schõstadensium subinde dicit, *nachgeschrieben.* Item *die benante Lehengericht vnnd Guetter.*

Nullum vero aliud iudiciũ nominatur *dem Forstgericht.* Et ibidem quoq; dicitur, quod Dux petierit Schonstatensibus confirmari ab Imperatore *die vorgenante Gutter, Recht vnnd Zinß, als die vor aigentlich benent seyn.* Ex quo apparet, quod iudicandum sit de altera illa pleniore confirmatione Sigismundi, quæ producitur in Replicis 127. *num. 59.* Clausula autem reseruatoria vẽditionis syluarum quamuis angustior sit altera reseruatoria venditionis Castri, in effectu tamen idem importat. Quia hæc tria iura *Leben, Gelaitt, VVildtpan, die Lehenschafft zu VVasserhoff* reseruata in primæua venditione eiusdem, & renunciata demum in transactione Ludouici Palatini, iuncta Harrensi, & decreto fœderis, euincitur. *Glaitt* vero & *VVilspan*, adhuc hodie ab ipsa vrbe incipere notorium est. Vnde & testes quædam propter hæc iura Duci criminalem iurisdictionem tribuunt ex iurisdictione maiorum.

Deinde hæc reseruatio declaratur ex altera illa ampliori in venditione Castri addita. Nec verisimile vllo modo est, eadem die in altera quidem veditione reseruatum esse *Burggrauethumbs Herrlichkeitt außvvẽdig der Statt.* In altera vero eandem vẽditam in syluis, quarum tractu Schonstatenses omne circa vrbem suam territoriam contineri volunt: Presertim cum † *Landgericht, Gelaitt, VVilspahn, vnd andere Burggrauenthumbs Herrlichkeit*, indiuidua iura territorij sint (vt de tuitione territorij Heinrichman in appendice consiliorum *cons. 3. num. 9. Zas. cons. 14. nu. 14. & cons. 15. nu. 3. lib. 1. Iacob. in verb. Marchiu. vers. dubitatur, & vers. quæritur etiam. n. 4 de feud.*) nihil commune habentia *mit den eigentlichen benandten Rechten Guttern vnnd Zinsen*, quæ sola confirmari Schonstadensib. petijt Illustr. D. vt supra dictum. 76

Vnde nec illud obstat, quod reseruatis certis iuribus omnia alia iura siue iurisdictionalia siue regalia inclusa videantur. Respondetur enim hoc ita demum procedere, quatenus nõ aliunde in contrarium constet de mente contrahentium, vt hic ex altera reseruatione eadem facta. Deinde examinand. est, vtrum ex nostro casu merũ imperium siue *Halßgericht* veniat de natura vẽditorum, an vero reseruatorum? De natura venditorum non venit, qa *Forstgericht* separatur à causa capitali, sæpe dd. literis *G. & T.* & vendita in vtraque venditione subinde specifice distinguuntur à nõ venditis. Reseruata vero continent ius vniuersale indiuiduum, quod & ante & post dictam venditionem, eodem modo semper se habuit, vt euidentissime constat de *Geladt*

& *VVildtpahn*, de *Landtgericht*, similiter ex transactione Hartensi, quæ definit territorium Burggrauiatus à muris vrbis incipere: & sic conuenit cum illis verbis reseruationis nostræ, *Gelaitt außvvendig der Stadt, vnnd andere Burggrauethumbs Herrligkeit &c.* Item iu-77 ri † *des Gelaittens* inest non tantum securitas & defensio stratarum publicarum, verum etiam punitio facinorosum, sine qua illa consistere 78 non potest, iureq; concessa est, cum talis † defensio seu tuitio & securitas sit meri Imperij, quo malis hominibus purgare prouinciam præses iubetur, *vt in l. 31. & l. cõgruit de officio psid. l. 1. §. quies de officio praefect. vrb. & l. 2. C. de officio praefect. prator. Afflic. Burggrauius autem hodie praeses est sui territorij, vt l. patre eleganter dicit Bald. in l. fine pars in fin. C. de dilat. per l. illicitas. §. qui vniuersas de officio praesid.* Quod probatur etiam manifeste ex testibus qui disponunt, *das vver das Burggrauische Gelaitt gehabt, hab sicher allenthalben inner dem VVasser vvandeln mogen, biß gehn Schonstat ahn die Schrancken, allein nit vnder einem Schonstatischen obtach.* Contra vero, *vver vom Burggrauen kein Gelaitt gehabt, sey allenthalben vnsicher gevvesen, biß ahn die Schrancken &c.* Dicunt se illud sœpius audiuisse ab ipsis facinorosis.

Quod vero sub hac reseruatoria siue altera, siue vtraq; in specie veniat etiã *Halßgericht gerechtigkeit* probatur ex attest. de Anno 1468. ab initio *des Neuterfischer Sahlbuchs* insertis, vbi patet, quod Dux Ioannes; Item Otto pater & filius Palatini *in Nevvenmarck*: quorum gubernatio cœpit post mortem patris & aui ipsorũ Ruperti Cæsaris, qui obijt Anno 1410. & sic comprehenditur vtrumque tempus tam ante quam post vẽditionem pro vicinis agnouerint, in inferiori tractu citra syluas solos Burggrauios quoad *Herrligkeit vnnd Halßgericht.* Hoc enim verbo promiscue vtuntur por eodem, nisi ex adiuncta specie restringatur, vti in dd. attest. ibi, *die Herrligkeit mit den angrieffen zu Hohensaen.*

His expressis speciebus, quib. suo modo inest exercitium criminalium, vt *Landtgericht vnnd Gelaitt*, additur generalis extensio, *vnnd andere des Burggrauethumbs Herrligkeit.* Præter hanc autem Palatinorum *in Nevvenmarck* declarationẽ adhibẽdæ sunt Vrphedæ de Anno 1412. & 1415. quæ comprehendunt loca *Hohensaen, Schvveinheim, Eygelbach, Reichsstraß bey Schvveinheim.* Item *Schadloßbrieff* de Anno 1443. *tom. 3. prob. Duc. n. 74. ord. 4.* qui comprehendit *Landtsburg, VVellersdorff vnnd Niederdorff.* Ex qua collectatione apparet, Illustris. Duces & ante & post vẽditionem fuisse in quasi possessione *der Herrligkeit*, etiã quoad *Halßgericht*, eamque per d. clausulas *reseruatorias retinuisse.* Magis videretur in altero capite venditi officij sculteti venire persecutio facinorosorum extra vrbem: verũ id solum procedit, quantum ad extraordinariam illam singularem persecutionem ex priuilegio Caroli 4. Et quia hoc ipsum priuilegium præsupponit territorium alienũ esse proxime extra vrbem *bey vnnd vmb Schonstat*, patet quatenus venditum fuit ius illud speciale adhærens officio, eo ipso implicite reseruatum esse ordinariũ merum Imperium, quod præsupponitur in eodẽ priuilegio alijs dominis competere, hoc est, in locis vicinis vrbi ipsi Burggrauio, vti ostẽsum ex reseruatoria Caroli littera E. iuncta transactione Palatini Friderici de Anno 1386. & reliquis postea consecutis. Ordinaria autem sculteti iurisdictio terminis vrbis egressa non fuit, vti probatur ex documento litera *RR.* in except. 122. in his verbis, *des Reichs Schultheiß Ampt mit Pahn, zu Schonstat.* Sic & consulum & Scabinorum Schonstatensium potestas ordinaria muros egressa nõ fuit, ne quidem Caroli IV. tẽpore, quo maxima tamen illis præ omnibus priuileg. concessa videntur, ostenditur id ex *LLL.* in d. excepa. 122. in illis verbis. Quicquid etiam Consules & Scabini ciuitatis *Schonstatt*, sub iuramento præstito, pro pace & moderamine rerum venalium intra ciuitatem eandem statuerint, tam ab extraneis quam à ciuib. obseruetur. Quapropter sicut vna cum officio sculteti, in quo vrbana tantum iurisdictio continetur, non veniunt iurisdictionalia extra vrbem: ita multo minus cum alijs particularib. bonis natura sua & toto genere à territorio separatis.

De altera venditione Castri & pagorũ, quæ ampliorem & latiorem continet reseruationem, non opus est plura dicere, excepto eo quod ibi in inferiori tractu constet, Illustris. D. & ante & post vẽditionem in 4. possessione reseruati sui meri Imperij fuisse *zu Schvveinheim, zu Eygelbach auff der Reichsstraßen, in Schvveinheim bey VValtzenber, zu Niederdorff vnnd Landtsburg.* Item *zu Hohensan* & circumiacentib. locis, per Vrphedas & *Schadtloßbrieff* supra allegatas: Ita multo magis de superiori tractu circa *Schonstat* (in quo pagi vẽditi sunt siti) liquere potest, quid sub verbo *Burggrauethumbs Herrligkeit* reseruatũ sit. Totum enim milliare circa *Carbenheim* erat in Domino siue *Herrschafft* Burggrauiorum, vti superius probatum ex donatione Conradi; iuncta *Kampfgericht Ordnung*, præsertim considerato actu illo cuiusdam in duello occisi propè *Carbenheim* de Anno 1421. vbi de Iure præsumitur ea interuenisse quæ præscribit *Kampfgerichts Ordenung* fieri debere, cum qualitate *der Heerschafft des Burggrauethumbs.* Addito etiam casu primo, qui habet in Replicis 123. sub pago *Holler*, vsque ad transactionem Palatini Ludouici

retenta

retenta fuere *zu VVasserhoff der Burggrauen Stock, Bandt, Eyssen*, sic cōclusiue apparet, q̄ vēdita sunt, in vtraq; venditione, concernere iura particularia, pagos, bona & census in Burggrauiatus territorio sitos: ipsum vero territorium, expressis iuribus illis superioritatis, *Leben, Gelaidt, VVildtpahn*, & adiecta generali clausula ampliatiua, *vnnd andere Burggrauethumbs Herrligkeit*, plenissime conseruatum, cum huius clausulæ effectu, vi, & potestate, ex inuestituris, ex *Kampffgerichts Ordenung*. Ex Vrphedis antiquis: vbi in qualitate & terminis punitionis delictorum Illustriss. Duces appellantur, *Heerschafft*: ex vsu loquendi temporū illorū ex attestationib. Neutor fensib. de Anno 1486. clarissime constet. Atq; ita omnia alia iura non specificatim vēdita, maxime vero meri Imperij, hoc verbo veniunt, & idone quodāmodo significāt, ꝙ in persona Magistratuum verbū potestas, id est, Imperium. *l. potestatis de V. S. l. Imperium. de iurisd. om. ind. Paul. de Castr. in cons. 9. n. 10. p. 1.* vbi dicit ꝙ † in materia iurisdictionali verbū potestas denotat Imperiū, vt in præside prouinciæ, *vt l. 3. de off. præsid.*

79

Dubium omne eximit transactio Ludouici Palatini qui disponit de criminalib. *In VVasserhoff*, & iuribus Syluaticis tāquam disparatis, & in proximo quidem illo vrbi pago cōcedendo aliquid Schonstatensib. ex reseruatis Burggrauiatus. Quo ad syluas vero referendo se ad priuilegia Ludouici & Caroli Impp. & ipsam venditionem syluarum, quæ intra se collata aptissime ostendunt Syluarū separatam & diuersam caussam esse ab ordinario territorij iure, in quo sitæ sunt. Dū vero etiam transactio Friderici Palatini de Anno 1386. confirmat in puncto *des Zols vnd Glaidts*, manifeste territorium Illustriss. D. extra vrbem in sua integritate, conseruat, iuncta reuocatoria Caroli Imp. de Anno 1356. q̄ expresè præsupponit Burggrauios, vti oēs alios Imperij Principes & Comites, in feudum ab Imp. accepisse *Zoll vnnd Glaidt in jhrer Herrschafft vnnd Gebiett vmb Schonstatt*, iubens eosdem *bestellen, das in jhren Herrschafften &c.* prout supra in litera *E.* Denique punctus eiusdē trāsactionis quoad *Landtgericht*, & transactio Harrensis cū omnibus superiorib. collata clausulas nostras reseruatorias explicat. & cōfirmat. Nec præterea nuda geminatio illa verb. *behalten vnser Herrschafft die Herrligkeit des Burggrauethumbs*, hoc est, reseruamº dominio nostro superioritatē Burggrauiatus, Addantur q̄ dicta sunt in verbis *Hohengericht* supra in descriptione *Burggrauethumbs*. Et bene circa hunc titulū emptionis notanda singularis reorum variatio & incōstantia (de quo eriā sup. in transactione decreti federis monitū: vt qui litigiosum hoc ius meri Imperij eiusq; possessionē vel quasi lōge ante hasce venditiones ex titulo præsidiatus siue *Landtvogthey*, se ab antiquo habuisse prætendunt. Quod si ita esset, vt doceri non potest, qua frōte ignorantia aut errore etiam erga Rom. Imp. vel tum vel in hodiernum se excusabūt. Nihil enim tale à Burggrauijs & qui domini nō fuissent, emere vel etiam tribuere auferreq; potuissent: ꝙ nunq̄ habuissent. Cū nemo plus iuris ad aliū trāsferre possit. *l. nemo plº iuris. ff. de Reg. iur.* Tanquā igitur contraria allegātes nō sunt audiendi, iurib. vulgatis. Cū sic in totum eorum confundatur intentio & fundamentum, siquidem non † est possibile, vt inquit *Raphael Cuman. d. l. qui bona. §. fin. nu. 3. de acquir. poss.* possidere duob. titulis iustis diuerso tempore concurrentibus, quia nanciscendo ex secundo titulo videor habere malam fidem in primo: Hæc ille.

80

Vltimus Reorū titulus est pscriptio immemorialis. Pēdet hic titulº ex visceribº & anima possessorij: si quiete nunquā possederūt: si non iure suo ex caussa singulari priuilegiata in alieno possederunt: vti innuit generalis articulus, singulis pagis præmissus, q verificatur in alijs quoq; territorijs vltra aquas, docentibus id intitulaturis librorū Schonstatensiū argumentis & circūstantijs casuum inde exercitorū, si oēs malefici ante venditionem sub eo sculteto, & in eo iudicio criminali, cuius duæ partes ad Burggrauium pertinebant (vt notandis verbis dicitur in venditione syluarum) & eius officij iudicijque administri Schonstatenses in priuilegijs constituuntur, puniti sunt: si Albertus Dux venditoris filius graue bellum cū Schonstatensibus gessit propter *Stock, Bandt, Eyssen, in VVasserhoffe*, vt in conclusionibus 144. fatentur: si Fridericus eiusdem Alberti filius cum Sigismundo fratre, quod passim sæpiss. eum in nostra caussa, tum corā *Bundt* confessi sunt, Duce subinde acceptāte, ipsis cōtradixit quoad *Fraisch* inter aquas, illique contradictioni vnicum priuilegium absque intentione præiudicādi ordinario apposuerint Schōstatenses circa annum 1492. & 1494. prout in sæpe allegatis missiuis ad dictos Duces Frid. & Sigism. si denique variant in titulo, nunc ad *Landtvogthey*; nunc ad emptionem, nunc ad singulare priuilegium suum referendo se, ita nunc ad pagos venditos omnes nunc ad limites siue *Marckstein* Schonstatensis Syluæ (extra quos omnes fere pagi controuersi siti) se restringendo. Quod quæso initium? quod medium præscriptionis statui poterit? si sine *Landtgericht* (cui inest *Herrligkeit* vigore priuilegij) sine ordinario iure salui conductus siue *Gelaittens* (quo comprehenditur securitas & defensio stratarum, item punitio facinorosorum *biss an die Schrancken*, nec non totius territorij custodia sine *VVildtpahn*) quæ continetur pœna *der VVildtbrett Schutzen*, cum intentione puniendi *freuel vnd*

impo-

emperungen. Denique si sine vllo territorij iure extra muros vrbis exercuerant actus suos, præsenti quidem iuris *der Freischlichen Obrigkeit*, reuera autem extraordinarij alicuius iuris subsidiari singularis & priuilegiati, quæ caussa, quis modus præscriptionis definietur contra eum, qui eximit illa *Landtgericht, Gelaidt, Zoll, VVildtpahn, vnd andere Burggrauethumbs herligkeitten* iure ordinario feudi Imperialis possedit. Ita vt proprie & accurrate discretis actib. Schonstatensium quasi possessio versetur, circa obiectū toto genere diuersum, hoc est, iuris illius specialis delegati in alienis quidem terris indefinite: attamen ex certa caussa & finita: Ducis vero possessio sit iuris ordinarij in proprio suo territorio. Præterea si omnia fere iura sua intra & extra vrbem diuersis temporibus à Burggrauijs cōpararunt Schonstatenses & ciues ipsorum, vti constat præter vtramq; venditionem de *Tiessloch, VVasserhoff, Herrenburg*, & alijs &c. Eaque vt plurimum more Burggrauijs consueto cum multis limitationibus, restrictionibus & reseruationibus. Quomodo docebunt præscriptionem vniformem, quoad vniuersitatem territorij intra aquas datas tam diuersis terminis rerum, temporum, caussarum, si semper ꝓhibiti à Duce fuerunt iam inde à transactione Palatani Ludouici erigere extra locum & ambitum ordinarium supplicij vrbici furcas, & signa meri Imperij. Itemque aggeres, turres & fossas, accedente confœderatorum statuum ipsiusque autoritate cui parendo acquieuerint. Quid tandem de tota hac præscriptione iudicandum erit, cuius nullum monumentum recte consistere potest. Præ-

81 scriptio † enim ex possessione dicitur causari, & quidem quieta & pacifica nec interrupta,

82 *VVesemb. cons. 60. n. 5. p. 2.* Nec † iuuat præscriptio etiam tanti temporis cuius initij memoria in contrarium non extat, quando producitur titul' vitiosus & inualid', seu quādo in lite apparet de initio vitioso. *Crauet. de antiq. temp. in 4. p. §. absolutus differentijs. nu. 60.* Et defectus

83 † tituli non modo per se præscriptioni officit, sed etiam malam inducit fidem, vbi dominus territorij est in vniuersali iure, & possessione notoria meri Imperij, *VVesemb. d. cons. 60. num.*

84 *14.* Quia initium † possidendi tunc demum nasci videtur, cum superior scire & pati cœpit, vel cum aduersarius titulū nactus fuerit, *Vasq.*

85 *illustr. contro. c. 87. num. 12.* Quinimo vt † constituatur quis in quasi possessione siue titulo, non sufficeret vnicus actus etiam sciente superiore, sed præterea oporteret quod ille superior huic quasi possessioni cōsensum & patientiam accommodasset diu, vel saltem aliquamdiu, & per plures actus vel vices, *Vasq. ibidem.* Cuiusmodi temporis mensura seu definitio non tam lege præstituta est, quā iudicis arbitrio relicta. *Vasq. d. loco num. 15.* Hinc Domini terrarum qui semper animo ciuilem possessionem retinent, quia non metuunt se facile expelli posse, naturalem possessionem vel ius suum vsurpantes perpetuo vel post decennium exturbare non prohibentur, etiam via facti. *VVesemb. cons. 60. num. 18. 19. & 20.* Postquam etiam interrumpitur possessio cum prima. *Ruinus cons. 37. num. 8. vol. 4. per l. si is qui per emptorem. §. pen. de vsucap.* Et vbi † agitur

86 de retinenda iurisdictione & excludenda præscriptione, sufficit constare, quod aliquid pertinens ad iurisdictionem exercuit, vt hic multis modis factum ex parte Ducis, dummodo sciuerit iurisdictionem sibi in totum competere. *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 26. nu. 122. & 123.* adeo vt interrumpens præscriptionem in quibusdam locis ad reliqua etiam sic excludenda, quia ex eadem caussa, eodemq; nomine iure illa interrumpitur, *d. nu. 123. Bald. §. quid ergo. num. 4. de inuest. de re alien. & facit Papiens. in forma libelli, de accusatione confess. pro seruitut. in verb. plenam & omnimodam. num. 12.* vbi dicitur. Quod si † habeat quis iurisdictio-

87 nem in certo territorio, vbi sunt plura castra, & in vno solo vsus fuerit iurisdictione, retinebitur possessio in omnibus castris eiusdem territorij vel prouinciæ. Quare cum Zasio concludent *in cons. 16. num. 87. lib. 2.* Quia in præsentia pro parte Schonstatensium titulus iniquus & initium ruinosum in actis deducitur, cessat omnis pręscriptio etiamsi per mille millia annorum durasset. Vt autē magis magisq; liquidentur, ad ipsum possessorium iam transeundum est.

Et cum nondum quicquam dictum sit de authentica librorum, vnde probationes suas sumunt partes nostræ, hîc commodius videtur dici posse de hoc, quia nimirum in petitorio vtrimque produxerunt authentica documenta inuestiturarum, priuilegiorum, contractuum & similium, de quorum contentis & interpretatione magis, quā autoritate quæstio est.

Tertium autem volumen probationum actoris impugnant Rei quasi consarcinatum ex varijs copijs & priuatis scripturis, in quibus multa sint deleta, quædam etiam diuersis manibus asscripta. Verum copiæ illæ & scripturæ saluantur propter antiquitatem & quia cōscriptæ ab ordinarijs præfectis & officialibus Ducum Viris nobilibus & legalibus ante litē coram *Bundt*, vt constat ex recognitionibus commissarij & ciuium Steinbachensium tom. 1. prob. Duc. Item dominium ordinarium Ducis in dictis præfecturis, vti constat, tam ex inuestituris inter partes celebratis, itē *Hauptgericht* inter partes celebratis, quam alijs certis documentis adminiculantibus, donatione Conradi, venditione Assenheimensi, venditionibus & transactionibus inter partes celebratis.

bratis. Item ex *Kampffgerichts Ordnung* in fin. videatur Soc. *consf. 187. n. 16. vol. 2.* si qui particulares incidant defectus monebitur suo loco in singulis.

Quantum vero ad reorum libros attinet, vnde actus suos desumpserunt, nullam prorsus meretur autoritatem extra vrbẽ in alieno territorio in præiudicium Burggrauiatus, cuius iura omnia tot contractibus venditionum, transactionum itemq; decretis & responsionib. statuum & Cæsaris integra conseruatata sunt. Est n. communis sententia hæc omnium DD. non probare † publ. documenta in alieno territorio. *Gabriel. lib. 1. de probat. conclus. 5 n. 11.* Fel. *in c. ad audientiam. n. 12. de præsumpt.* refutans Aretin. contrarium tenentem, & vt ipse eum inducit fatentem, in practica obtinere priorẽ sentẽtiam. Etsi vero Menoch. *lib. 2. de arbit. Cas. 90. & 91.* Iudicis arbitrio committat, & Molin. *de consuet. Paris. lib. 1 tit. 1. §. 5. n. 9. & 10. & alijs seq.* aliquid in hac communi DD. opin. desideret: tamen nec arbitrium illud, de quo Menorum loquitur, nec circircumstantiæ illæ, quas Molinus ponderat, puta antiquitas, diligens annotatio, & ordinata series: continuatio ab antiquis temporibus vsq; ad præsens per multos variosq; personarum & temporum successus conformitas veritatis in plurib. capitulis ibi descriptis in nostro casu quicquã iuuant. Vt enim illud sumamus ꝙ præcipuum est, nempe conformitatem veritatis contentorum in illis libris, aut continent actus ante venditionem & nõ probant. contra Ducem ordinarium Dominum pro duab. partib. iudicij ciuilis & criminalis *in Schonstadt*, vt expresse probatur ex venditione syluarum in puncto *des Schultheissen Ampts vnnd Zvveytheil des Gerichts in Schonstatt:* aut actus continent post venditionem, & fides eis denegatur propter reseruationem, *der Herrlichkeit ausswendig der Statt.* Tum vero maxime ex eo, quod siue ante siue post venditionem actus recensent illi ambigui, æquiuoci & non concludentes sint, nec alia conformitas veritatis librorum illorum reperiri potest, quando illa quæ notatur & reperitur in inuestituris eorundem, hoc est. *VVas vns vnnd den vnsern geschicht von Mordt, Brandt, Raubnehm, vnd vnrechtem vviedersagen,* Ex priuilegio nẽpe Caroli IV. de Anno 1347. de quo supra dictum. Quod argumentum sæpe etiam in ipsis casib. proditur, & inter alia in causa quada sub *Steinbuchel* in Replicis 123. vbi de manifestis prædonib. dicitur, *vveil sie aber den vnsern nicht gethon.* Et quod subinde extra controuersum districtum, quem sibi ipsis tanquam limitem *jhrer Fraischlichen Obrigkeitt* præscribunt, casus ipsorum extendatur: proculdubio si integre editi forent, infinitos similes casus in vicinorum dominorum territorijs exercitos reperire liceret. Extra vrbem igitur propter hãc æquiuocationem non probant. Imo ex hoc solo fundamento, vnico verbo tolluntur omnes condemnationes maleficorum & executiones Schonstati factæ: Nam per † actus æquiuocos non probatur quasi possessio iurisdictionis. *Soc. consf. d. 187. n. 20.*

Et quamuis nõ semper singuli actus ad terminos d. pviuilegij referri posse videantur: tñ non operantur vltra causam ab initio cœpti illius exercitij, hoc est, ab Anno 1418. longe post ordinarium Ducis exercitiũ declaratum: Licet quoq; in recentiorib. quibusdam, postq̃ cum Frid. Duce controuerti cœpit iurisdictio criminalis aliquando addatur, quod factum sit in Schonstatensium *Fraisch Herrlichkeit*: tñ hæc enunciatio in præiudicium tertij nõ probat in facto recenti. *Socin. in d. consf. n. 20.* præsertim contra primæuam possidendi causam, quam mutare sibi ipsis nullo iure potuerunt.

Aliæ quoq; intitulatatæ librorum Schonstatensium, hoc est, *Straffbucher, Rathsbucher, Haderbucher*, non continent siue inferunt argumentũ congruum siue cõsimile *der Fraisch Obrigkeit* extra vrbem, sed incidunt in eãdem causam æquiuocationis, dum verificari possunt contenta in varijs casib. extraiudicialib. minorũ delictorũ siue meri Imperij, sæpe cõcurrente etiam altera illa, priuilegiata causa, super quo examinandæ intitulaturæ dictorũ librorum, prout habetur in Replicis 123. Año demum 1499. mutatis antiquis titulis cœperunt conficere *Fraischbuch*, vt supra admonitum, circa quod tempus etiam attestationes quasdam & informationes de exercitio *der Fraisch* conscribi curarunt. Subijciuntur nunc loca omnia controuersa, in quibus actus iurisdictionales fuerunt exerciti, sed omisi.

Sententia reuisoria publicata 3 Iulij. Anno. 1587.

In der Reuision Sachen Bürgermeister vnnd Rath zu Schönstadt/ gegen vnnd wieder Ludwigen Herzogen zue Vrßlingen/ die Fraischsachen belangend erkennen der Röm. Kay. May. cõmissarien vnd verordnete Reuisores, dz die vorige Vrtheil den 18. Septembris, Anno. 83. ahn diesem Kay. Camergericht ergangen zu confirmiren seye/ wie sie dieselbe hiermit confirmiren vnndt bestättigen.

Vrtheil

nis *defens. 28. n. 4.* Quarto in præscriptione immemoriali. *in defens. generali singulis pagis præmisso.* Addatur articulus 48. confutatorius, vbi sic se declarant Schonstatenses vnnd bestehet also/ daß senat' vierley güetter gegrünter rechtmessiger/ beständiger cräfftiger Titul vnnd Ankunfft der Malefitz Obrigkeit/ haben/ nemlich ex Imperialib. concessionibus ratione imperialis Castri & sanctionibus sculteto Imperiali in Schonstatt/ factis, Titulum centenariæ & vltra hominum memoriam præscriptionis. Præterea emptionis titulum, etiamsi merum imperium fuisset Burggrauiorum, quod tamẽ nunquam fuit, non est, nec erit verum.

Quoad primum iura Imperij varie fuerunt, in arce imperiali in vrbe, in syluis, in tota districtu controuerso, varijs dominis, varijs modis & titulis, siue commissa, siue concessa iam olim Burggrauijs, Comitib. de Assenheim, Dominis de Wenckbach Landgrauijs de Levventhal, Dominis de Neuenberg, Schonstatensib. quoq; ipsis & ciuib. eorum. Quædam etiã in hodiernum vsque diem ab Imperialib. retenta siue maioritatem illam & supremam Imperij superioritatẽ consideret quis, cuius inferior ab Imperatore non sit capax & quæ ab Imperio auelli non potest, siue directum dominium feudorum Imperialium Schonstatenses potissimum vrgent, ꝙ Arx imperialis ipsis incorporata & concessa fuerit (alß das Recht Haupt zu dem die Burggräuische Burck vt famula pro custodia der Käys. Schloßpforten/ gehörig gewesen. Sic enim loquuntur in except. *n. 122. fol. 55. 56.*) Et simul cum d. arcæ iurisdictio illa & Imperium, quod præsides Imperialis siue Landtvogt/ olim ibidẽ residentes nomine Imperatorum in subiectũ territorium (hoc est vtramque syluam & circumiacentes pagos vsque ad aquas) inde appellatum Reichsboden exercebant. Ad hoc probandum adducunt, ante omnia instrumẽta literis *A. B. C. D.* quæ disponunt de Castro Imperiali eo modo, quo mox dicetur. Et allegant pro se illã iurisdictionẽ, ꝙ concesso † Castro per principem videatur concessum esse cum omnibus iuribus & iurisdictione, quę doctrina late, varie & controuertentib. sententijs à dd. tractata, vt recte ad nostros terminos accõmodeť, discutiẽda sũt singula illa documẽta. [68]

A. In litera *A.* de Anno 1313. nihil videmus Schonstatensibus vel donari vel concedi: Imo ne committi quidem, nec sermonem ad ipsos dirigi: sed Imperator Henricus extra Germaniam in Italia existens Burggrauio suo cum Castellanis in arce imperiali Noribergæ pro parte Imperij commorantibus committit aliquid siue mãdat generaliter, quod pertinere videbatur ad publicam vtilitatem & securitatem ciuium Schonstatensium, vt nimirum pareant, & intendant, si requisiti sint, vt fuerit opportunum, & de ea re caueat Schonstatensib. Vnde in effectu nihil aliud quã defensio & tuitio Vrbis Burggrauio committitur ab imperatore. Clausula vero illa de non separando Castro ab vrbe ad eundem effectum spectat.

Et quidẽ separata iam erat arx Burggrauij, Item Wenckbachische behausungen. Et Schonstatensium intereat, ne illa quoque arx imperialis ad alios Dominos translata libertati & securitati ipsorum preiudicaret. Nec desijt per hoc arx imperatoris esse, vt eam etiam non desinit suam appellare, tum in hoc, tum in alijs documentis longe recentiorib. alienationis & translationis siue cessionis nulla facta mentione. Quod autem cauere iubentur Burggrauij & Castellani Schonstatensibus nõ plus tribuit illis, quam ꝙ etiam alias passim omnes principes & terrarum domini subditis suis iurare & cauere solent de securitate & defensione ipsorum, multo magis officiales Principum. Alterum quoq; illud de non separando castro ab vrbe simile est illi generi ꝓmissionis Principum & dominorum de non alienandis vrbib., & subditis suis siue vasallis. Eademque ratio Castrorum vrbibus impositorũ. Promissio enim hæc: me non velle alienare, nullo modo habilis est ad inferendum. Ergo in te transferam. Similis etiam illa iuris promissio, qua prohibetur, ne res in potentiorem transferatur. Ex ea nõ colligitur translatio dominij in alterutram partiũ, sed hoc, igitur ne durior fiat conditio alterius. Territorij vero alicuius translatio ex hoc documento inferri nullo modo potest. Etenim in lata illa disputatione, an cũ † Castro territorium veniat? Inter plures cautiones, quas DD. adhibent, præcipuæ fere sunt, An territorium aliquod Castro annexum sit vel non? *Couar. pract. quæst. c. 1. num. 10.* Item an aliquod expressum sit, per quod videatur territorium venisse? Item an Castrum veniat per se, & territorium per se? An eodem titulo Castrum & territorium possederit concedens? Denique ex persona & causa hoc æstimandũ esse *Affl. de cap. 4. cur vend. n. 9. & 10.* Quorum nihil videmus huc accommodari posse. Examinando enim circumstantias, Burggrauius tum erat Conradus, qui extra vrbem situm latum territorium possidebat, vt colligere licet ex donatione eiusdem de Anno. 1314. *tom. 3. prob. Duc. n. 83.* in qua mentio fit variorum pagorum eiusdem vltra & intra aquas, & ex ipsa littera *D. D. D.* à Schonstatensibus producta, constat pleraque loca extra vrbẽ in Burggrauiorum iam tum fuisse ditione & potestate. [69]

Vnde siue de sũma Imperatoris superiotate loquamur siue de territorio, dñatione vel iurisdictone quã inferiorib. Imperator cõcedere solet,

solet, vtrumque penes Burggrauium erat: Nullus n. tum præses siue Landvogt alius fuit quam ipse Burggrauius, vt ex litera huius documenti apparet. Et territorium extra vrbem non Castro Imperiali annexum, sed de Burggrauijs & alijs dominis ac Imperatoribus in feudum concessum, cum etiam Schonstatenses pagum illum Wasserhoff/ nondum acquisiuerunt. Tacendo iam de iurisdictione vrbana, ciuili & criminali, cui pro duab. partib. officialis Burggraui præsidebat, Itemque de iudicio prouinciali clarius hæc intelliguntur ex subsequenti documento litera *B.* de Anno 1347. Quod duo continet, primo remissionem operarum seruilium siue parangariarum, ne ciues Schonstatenses seruitia corporalia præstare cogantur Cæsari vlterius, quam vnius diei iter. Hic si ex persona & causa æstimandum, an aliquod sit concessum territorium, non facile quis dixerit, ex remissione seruitium operarum territorij translationem inferri.

B

Alterum caput est, daß die Burg mit dem mittlen Thurn nit gesondert werde von der Statt/ nullis alijs iuribus siue pertinentijs expressis, sic nulla concessio territorij, imo ne quidem Castri, inferri potest, vt supra dictum, sed retinuit ibi Imperator officialem suum, seinem Amptmann vnnd Pfleger/ siue alius successu temporis ad tuenda Imperialia iura Burggrauiatus sit suffectus. Nihil id tribuit Schonstatensibus aliud, quam quod tempore interregni idem ille Pfleg/Schonstatensibus ita prospicere tenetur, vt tam Castrum quam vrbs imperio salua sit, quod volunt illa verba Dem Recht der Satt zu Schonstatt damit zu warten/ Also daß die Bürger einem Künfftigen Käyser oder König damitt wartten sollen. Ergo pro bono Imperij & ipsorum Ciuium securitate Castrum illud tempore interregni custodiæ des Amptmans siue Pflegers ea ratione committitur, vt ab autoritate & consilio senatus in tuenda hac Imperij arce se non seiungat, alias ipsis liceat expugnare arcem quacunque ratione poterunt. Expugnamus autem quæ sunt in aliorum potestate, non quæ ipsi tenemus. Nullum hic verbum, vnde inferri possit, Schonstatensibus traditam tum temporis arcem fuisse: Imo ex alijs quoque documentis colligitur, non in Noricorum manu & potestate sed imperialis officialis eam fuisse. Eodem enim Anno 1347. quo datum est priuilegium hoc, extat eiusdem Caroli Imperatoris sub littera *N.* documentũ, quo cōceditur sculteto & ciuibus ius extrahendi latrones, si qui in Castrum tãquam Asylum confugerint. Quis vero eodē tēpore status territorij fuit extra vrbē constat ex supra allegata littera D. D. D. iuncta modo citata littera N. quę p̄supponit proxime extra vrbem bey vnnd vmb Schonstatt persecutionem facinorum ex speciali illo priuilegio Schonstatensibus concessam in alieno fieri. Et clarius ex eo, quod Pagum Wasserhoff quinquennium ante, hoc est, Anno 342. Ciuis Schonstatēsis Holtzmaier emerat à Burggrauijs, reseruata illis non tantum Lehenschafft sed saluis etiam Iurib. quoad Stock/ Bandt vnnd Eyssen/ vt constat ex ijs, quæ diximus circa transactionem Palatini, Ludouici, & quoad Landtgericht ex transactione Harrensi. Imo quoad omnimodam superioritatem vt ex clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis de Anno 1427.

In documento littera *C.* de Anno 1400. expressius patet de intellectu superiorum documentorum. Nihil enim aliud Imperator disponit, dan daß wir selbst oder vnsere Nachkommen nit leiblich zu Schonstatt seyn oder wohnen/ so wöllē wir dieselbe Veste niemandes eingeben noch empfehlen/ dann dem Rath der Statt zu Schönstatt/ die vns vnd vnsern Nachkommen getreulich damitt sollen gewarten. Et in eo differt hoc documētum à prioribus quod antea officiales suos siue Reichspfleger in Castro suo commorantes habebat Imperator. In posterum autem nulli alij, præterquam senatui illud commissurum se esse permittit. Ex quo hoc quoque elicitur virtute illius clausulæ, Daß vnser vnnd des Reichs Veste von der Statt jn kein ē Weg nit gesondert noch entfrembdet soll werden/ ne nudam quidem detentionem Castrini Schonstatenses translatam fuisse, sed hoc demum tempore absentibus Impp. illud custodire cœpisse. Territorij vero extra vrbem diuersissima ratio erat, vt quod feudi Iure Burggrauij tenebant mit Landtgericht/ Geleidt/ Zoll/ Wildpahn: De quo videatur inuestitura Ruperti Cæsaris, hoc ipso anno data sub littera *R.* in 4. tô. prob. Duc. Et formaliter quidem quod extra vrbem im Schonstatter Kräiß/ Immediate iuris Imperatorij fuisse contendunt Schonstatenses nullum meri Imperij ius saltem tum habuerint, quam quod ex territorio Burggrauiatus particulariter acquirebant, patet ex venditione deß Herrenbergs/ decennium ante hoc facta Crēseris *n. 21. in Replic. 123.* itemque ex cōtrouersa superioritate jm Wasserhoffe post quinquaginta demum annos tandē rite vsq; trãsacta, arbitratoria Ludouico Palatino, iunctis semper clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis.

C

In littera *D.* quæ data est Anno 1422. Imp. Sigismundus Schonstatensibus potestatem tribuit reparandi arcem, prout ipsis necessarium & commodum visum fuerit, ita vt Imperator eo melius & commodius habitare possit.

D

Prius

Prius documentum solam custodiam Schonstatensibus concedebat: In hoc additur facultas illam ædificandi pro arbitrio. Et inprimis notandum, quod hic veræ pertinentiæ arcis exprimantur in illis verbis. Unser vnd des Reichs Vheſten mit jhrer Zugehörung inwendig vnd außwendig der Statt/ mit Thoren/ Thurn/ Mawren/ Gräbē vnd andern Befestigungen. Arcis igitur pertinentiæ Schonstatensibus commissæ pro restauratione sunt portæ, turres, muri & fossæ, quæ raparatione opus habent, & præterea nihil. Porro ad docenda iura imperij vrgent Rei *in 4. defens.* Daß die Kayser jhr Residentz zu Schönstatt gehabt. Ad quod probandum producunt documentum *litera E.* de Anno 1366. sed nihil magis euertit intentionem ipsarum. Ex illo n. apertissime constat, vtcunque Impp. resederint Schonstati, territorium tamen extra vrbem non immediate Cæsaris, sed Burggrauiorum fuisse, eo plane modo & iure, vt remotiora loca aliorum Principum & dominorum tum erant. Ostendunt n. id illa verba Zoll vnnd Geleitt/ die wir hierumb in diesem Landt jemandt gegeben/ & mox specificantur Zoll vnd Geleydt/ quæ idem Imperator concessit Burggrauio Friderico & alijs, in jhren Herrschaffen vnnd Gebietten zu bestellen/ non iure singulari, sed vt omnibus alijs principib. Geistlich vnd Weltlich/ Graven vnnd Freyherren/ id est, iure ordinario in proprio territorio. Adhuc etiam amplius ad 4. defensionalem probandum repetunt quoque priora documenta, in quibus tamen nihil reperitur, præter custodiam & reparationem arcis Schōstatensibus commendatā & imperatam, nullum verbum de Landtvogthey/ multo minus de territorio aliquo ipsis vna cum arce concesso, quod subsequens etiam obseruantia arguit. Arcis enim custodem non Landt- sed Burgvogt nominant, nec vllum Imperij vel iurisdictionis prouincialis administrationem eidem competere videre est in fine attestationum Schonstatensium, sicut post erectum Burggrauiatum alioqui etiam nullum ordinarium imperium habuerunt Castellani. Et dato aliquid iurisdictionis ordinariæ Castellano fuisse reliquum tempore commissionum imperialium, nondum tamen docuissent illud in senatum translatum cum libera potestate de eo disponendi.

Sed quid multis opus, cum de non iure ex eo constet, quod de arce imperiali & Landvogthey nunquam inuestiti fuerint: quemadmodum ad veram incorporationem & perpetuationem iuris requireretur, prout de Castro Burggrauiorum & pagis, item syluis & officio sculteti, quatenus hæc à Burggrauijs vendita possident, inuestiuntur. Hærent igitur in limine probationum suarum. Arci scilicet iurisdictionem tanquam pertinens, vel aliud quicquam annexum fuisse. Et quatenus fuerit illud omne ciuitati vnitum & incorporatum. Pertinentiarum n. huiusmodi iurisdictionis pagorum, syluarum, Zoll vnnd Geleydt/ nulla vsque mentio. Sic etiam quintus defensionalis expeditus est, cum nulla alia probatoria ad docendum exhibuerunt, quam illa ipsa documenta, excepto vno adhuc speciali priuilegio *littera F.* quo inprimis confidunt ad docendum transactionem; Landtvogthey. Est autem Caroli IV. Befelch/ de Anno 1360. ahn Schultheissen/ Burgermeister vnnd Rath de conseruando priuilegio dato ciuitatibus Weissenburg vnd Winßheim/ daß sie hinfüro ewiglich mit allen jhren zugehörungen vnnd weichbilden bey dem Reich bleiben/ vnnd bey der Pfleg vnnd Landtvogthey der Statt Schönstatt vnnd Rottenburg/ vnnd dauon nimmermehr versetzt werden/ Per documentum istud & acta alia confirmatoria eiusdem producta zu Winßheim 31. Octob. vnnd zu Weissenburg 3. Nouembris. Anno 40. *n. 67. ord. 4. litteris A. B. C. D. E. F. G. H.* prætendunt Rei dd. Ciuitates sibi & sua Landtvogthey esse incorporatas. Cum ex littera constet, nudos conseruatores alieni priuilegij ipsos constitutos, prout etiam in hodiernum vsque diem liberis ciuitatibus accensentur.

Ambiguitas autem est in vrbis Pfleg vnnd Landtvogthey/ maxime propter adiectum possessiuum Ewer. Quare respondendum ex dato huius documenti ante bullam Carolinam tempore negligentiæ Burggrauiorum per modum prouisionis Schonstatensibus hoc, vt etiam alia multa, commissum. Burggrauijs verò vel ea de causa committi non potuit, hæc protectio dd. ciuitatū, quia ab eorundem subiectione paulo ante erant redemptæ. Deinde ponderandum, quod non ipsorum tantum, sed etiam der Pfleg vnd Landvogthey Rottenburg bleiben/ an idem quod incorporare & subijcere Schonstatensibus an eadem fuerit ratio vtriusque ciuitatis Pfleg vnnd Landvogthey/ hoc est, an sicut Schonstatenses ita etiam Rotenburgenses prætenderunt Burggrauiorum suorum iura in se translata fuisse. Ex historijs n. constat, Rottenburg † olim Burggrauiatum fuisse & tandem etiam Ducatum celebrem, *iuxta Iretric. lib. 3. c. 99. & 112.* Iudiciumque prouinciale habuisse, de quo in actis nostris allegatur transactio quædem Friderici Palatini *exceptio. 122. fol. 43.* Videtur eadem fuisse vtriusque ratio, et sicut Schonstatenses tum temporis fuerunt sub suo præside siue Landvogthey/ ita etiam Rotenburgenses sub suo,

suo, hoc est, imperio, eiusdemque vicarijs, siue perpetuis siue momentaneis, quoad regalia & iurisdictionalia maiora: non autem quoad priuatū & omnimodum vel absolutū dominium, prout ante fuerant Burggrauij Schonstatensibus subiecti *VVeissenburg vnnd VVinsheim*. Nam si incorporati fuisset Schōstatensib. mutassent dominium, non meliorassent conditionem suam seu statum. Possessiuū illud *euver* interpretandum est secundum antecedentia verba, *daß sie furbaß evviglich bey dem Reich bleiben sollen, vnnd bey der Pfleg zu Schonstadt vnnd zu Rottenburg*. Et in effectu nihil aliud disponitur, quam si dixisset imp. *bey vnsern vnd des Reichs Pfleg: vnnd Landvogthey*, quæ & promiscue tanquam Synonima cumulantur, ita vt actiue quidem possessiuum verbum intelligatur, quoad imperium, passiue vero quoad Schonstatenses, qui & ipsi subsunt eidem præsidatui, etsi vicinarum harum vrbium imperialium simplex protectio sine vlla iurisdictione ijsdem commissa sit hoc ipso documento. Deinde ex *Augenschein* & confessionibus partium notorium est, duas hasce ciuitates extra districtum litigiosi Burggrauiatus siue *Landtvogthey* esse. Vnde argumenti huius inductio magis contra Schonstatenses, quam pro eis facit. Præsupposito enim vel dato esse, vel fuisse aliquem Noricorū *Landtvogthey*, eiusq; incorporatas dd. ciuitates, non sequeretur vel probatum esset per hoc: Burggrauiatum eiusque terminos nunc litigiosos eodem pertinere. Quod magis magisq; patet,

71 *Landtvogthey* † hic non territorium certum, prout alias in Principib. & Procerib. Imperij consideramus, sed extraordinariam aliquam specialiter à Cæsare concessam pro tempore potestatem, ordinariam statuum iurisdictionem nullo modo infringentem designare, saluis nimirum, atq; integris territorijs & iurib. Principum aliorumq; statuum, vti in his terris sunt Burggrauiatus & vicini tum temporis comitatus item districtus vrbici siue *VVeichbildt* ciuitatum imperialium *Schonstat, Rottenburg, VVinßheim, VVeissenburg*. Illud certum est, non obstante vlla consideratione *der Kays. Landtvogthey* ante litem nostrā illibatos semper mansisse limites Burggrauiatus vsque ad muros vrbis, vel ex ipsa reuocatoria Caroli IV. supra literā E. inducta, iuncta illa antiquo transactione Friderici Palatini, de quo supra in puncto *Zoll vnnd Gelaitts*, nec non clausulis reseruatorijs vtriusq; venditionis, transactione Ludouici Palatini, Harrensi & decreto fœderis. Annectunt etiam Schonstatenses ad probationem dicti 5. defens. sub lit. *G.* quæ est

H vidimus documenti literæ *H.* neutrum tamen verum Originale, sed in re antiqua accedente dignitate transumentis fidem aliquam meretur: præsertim quatenus liber ille Schonstatensiū, quē corā commissario appellant *Brieffbuch*, ex quo desumpta est litera H. pro authētico habetur, cōcordare vtraq; Notarius item testat; In d. documento, cuius datū est de anno 1373. mentio fit duorum præsidum siue *Landvogt* qui præteritis temporibus fuerint *Herr Ludvvig von Griedell vnd Henrich von Durckheim*, quorum posterior circa annū 1339 præsedisse colligitur ex litera *I*. Et sic vterq; ante

I Carolinā Bullā, qua cassantur auteriora in præiudicium Burggrauiorum cōcessa: Explicant, autē in hoc eodem documento iura *der Forster vnnd Obersten Forstmeister*: Criminalia ibi separantur & remittuntur ad loca competentialia his verbis: *Vnnd sollen auch die Erbforster das Recht sprechen, ohn vnd vvas Halßgericht ist, das sollen sie thun ahn den Stätten als recht ist*. Alia quoq; maioris momenti ad syluas pertinentia reseruantur ibidem *dem Landtvogt*, præsertim in illis verbis: *Ob sie keinerley Sachē angieng, die nur (dem VValtstormer) zu schvver vvehre, vnnd daraus ich sie ahn einen Landtvogt vveissen*.

Sed notandum est illud ipsum, quod in hoc documēto coram veterib. illis præsidib. *Griedel vnnd Durckheim* factum esse dicitur, ipsos etiam Burggrauios exercuisse, vt constat ex recognitione huius documenti coram commissario facta, ibi habetur *daß der Producierte Brieff also anfahe*: Item *etlich Sag vnnd Articul von des VValtrechts vvegen, nemlich als Burggraue Friederich vor etvvan viel Iahren des Raths vnnd die Schopfen der Statt zu Schonstatt auch die Stromeier, vnnd den Forstmeister, vnd alle die Forster zvvischen Schonstatt vnnd Neutorff gesessen, vor sich gehn Schonstatt gefurdert vnnd die gefragt, vvas Gerechtigkeitt die Statt Schonstatt vnd die jegendt daselbst in dem VValt haben*.

Si quæratur quo iure, ille Burggrauius citarit & examinarit Schonstatenses Stromeieros, *den Forstmeister vnnd Forster* in Sylua Laurentina, in qua minus iuris habuisse videtur quam in Sebaldina (vti colligitur ex primæua inuestitura & alibi) Respondetur ordinario superioritatis iure in hos omnes, non attentis specialib. singulorum inuestituris siue imperialib. siue Burggrauialib. alijsque titulis vndecunq; competentib. idque ratione iuris syluatici in suo territorio controuersi, secundum iura communia, *tit. C. vbi in rem actio* quæ in hoc secuta est Harrensis transactio. Informatio autem præsidum illorū *Griedel vnd Durckheim* de iurib. Forstariorum non videtur proprio & ordinario iure facta. Agebatur enim de feudis imperialibus.

Deinde verba illa d. documenti litera *H*. *Alß das jhnen von des Reichsvvegen empfohlen vvas vvorden* specialem commissionem sapiunt.

Ad probationem 9. & 11. defens. quod Syluæ cum omnibus intra sitis & circumiacentib. pagis, pertinentiæ arcis & Imperatorum *eigenthūb gevvessen*, & quod in ijsdē habuerint, *alle Hohe Obrigkeit*, producuntur documenta literis *I. K. L. & M.* K

In priorihus tribus, quæ vnum continent, exprimuntur iura *der Heitler* iam inde ab Anno 1350. quo datum est Caroli priuilegium litera *I.* cuius reliqua duo confirmatoria sunt. Sed constat iam ex superioribus arcem solam & separatim diuersis temporib. Schonstatensib. siue commissam siue concessam, nullis alijs expressis pertinentijs, quam portarum & murorum, &c.

Vt quantum quidem ad iura syluatica hoc est, *Forstgericht*, *Heydelgericht*. attinet ea separatim contractibus inter Schonstatenses, & TT. Item dominationes de ZZ. denique ipsos Burggrauios diuersis temporibus celebratis vendita & alienata.

Quantum vero ad *Todtschlag in den Gerichten geschehen* vt illa in littera *G. & H.* separantur à iure *der Forster vnd Forstgericht*: ita etiam hic discernuntur à *Zeidelgericht*. Et ibi quidem sine certa definitione remittuntur *ahn die Statt, da es hingehort*. Hic autem alternatiue ad *Landtvogt oder den, der es von Rechtsvvegen innenhat.*

Vnde manifeste apparet non probari quod criminalia omnimode & simpliciter pertineant ad *Landtvogt*, sed differentiam dari inter *Landtvogt* qui ratione officij nō ordinarij neque hæreditarij siue perpetui, fatentur enim Schonstatenses *das im hundert ja biß im zvveyhundert jharen, kein Landtpfleger oder Vogt, vff das Kays. Schloß, vveder in die Stadt vvere Verordenet vvorden*, in exceptio. nu. 122. pag. 56. talia exercuit per delegationem siue commissionem. Et eum qui tenet ab imperio iure territorij in feudū concessi, sicut constat de Burggrauio ex inuesturis Imperialibus præsertim post Carolinam bullam, quæ incidit in illa tēpora, circa quæ desijsse præsidum officium ex Schonstatensium confessione modo diximus. In documento litera *M.* sculteto & senatui Schōstatensi id cōmittitur ab Imperatore Carolo Anno 1358. quod antea dicebatur ex singulari commissione fecisse præsides illi *Griedel vnd Durckheim* in litera *G.* & sine commissione *Burggraue Friederich* iure suo, sicut in recognitione eiusdem litera *G.* supra allegata. Nec potuit cōmissio sculteto & senatui facta præiudicare Burggrauio, qui in ipsos illam eandem potestatem habebat cōuocandi & citandi, vt in d. recognitione. De sculteto certe notorium est, quod *Schultheiß ampt vnnd daß Gericht zu Schōstat* pro duabus partibus Burggrauiorum fuerit, Anno 1273. hoc est, à prima inuestitura vsque ad Annum 1427. hoc est, vēditionem ipsam.

Multo minus probatur 10. defensionalis, quod propter dominum Imparatorem, & omnimodam iurisdictionem districtus intra aquas appellatus fuerit *Reichsboden*, qui postea factus sit *der Stadt Grundt vnnd Boden*. Ad illud probandum allegatur litera *L. M.* quæ est inuestitura Imp. Wenceslai facta Waldtstromeris, quoad *Forstmeister Ampt, vnd Fuhrreidt*, de Anno 1396, quo ipso anno ciuitati ius illud suum vendiderunt. Et eodem pertinent documenta literis *EE. FF. GG. NN. OO. PP. QQ. RR. SS. TT.* Quæ documenta Rei contrario modo ad probādos & defensionales 19. & 36. produxerunt, quorum alter ponit omnimodam *Herrligkeit* ad Impp. & eius præsides pertinuisse. Alter vero loquitur *von etlichen Ampteren, Zinßen, vnnd Gulten, &c.* Et sic de iuribus particularibus *ohne einige Obrigkeit*, vt dicit sequens defensionalis 37. Vtcunque igitur districtus ille nominetur *Reichsboden*, & quæcunque iura alij in eodē habuerint, Burggrauij tamen ibi habuerunt iure Imperialis feudi *Landtgericht, Geistlich vnd VVeltlich Lehen, Zoll, Gelaidt, VVildtpahn, vnnd andere des Burggrauethumbs Herrligkeitten* vt constat ex inuestituris Imperialib. & clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis, de Anno 1467. Et à Ducatu B. in inferiore parte dicti districtus pro vicinis habiti sunt, quoad *Herrligkeit & Halßgericht*, vt docent attestationes de Anno 1468. *im Neutorffischen Saalbuch*. Adhibitis vero Hohenbergensib. & Eberbacensib. intra hunc ipsum districtum pro superiorib. *Schutz vnnd Schirm Herrn* habiti sunt *in Carbenheim, VVolckenhausen, Schvveinheim, Pittenlang, Eschberg*. vt in pagis dicetur. Waldtstromeri quoq; *zu Reichershausen* agnoscūt *Grundt vnd Boden* Ducum esse, & alij alibi in hoc ipso districtu, vt in inuestituris supra in deductione tituli Buurggrauiatus in verbo *Lehen* adductis. Iunctis etiam quæ ibi deducta in verb. *Hohen Gericht*. LM

Nūc præterita litera *N.* ad probandum 12. 13. 14. & 15. defens. allegata, cum pertineant ad singulare ius persequendi, & sic ad secundum principalem Reorum titulum, percurrenda prius reliqua documenta, quibus iura Imperij in se translata esse contendunt. N

Littera igitur *O.* data de Anno 1353. præsupponit Imp. Carolus Burggrauiorum dominium in syluis, negligentiam eorundem in tuendis eiusdem. Denique ab vsu rei propriæ in detrimentum, ciuitatis Imperij Schonstatensis & priuatorum qui fuit debeant dd. syluis, in verbis ibidem. *VVan die Edle Burggrauen, &c.* Vnde Imp, cum † Reipubl. intersit, ne O 72

sit, ne quis re sua male vtatur, præsertim vero directi dominij iure, necesse habuit de ea re prouidere. Sic prohibet omnia illa innouata & attentata ad destructionem & deuastationē syluarum, executionem mandat sculteto Norico & ciuibus. Scultetus subordinatus est Burggrauio, exemplum dedimus supra ab initio in descriptione Burggrauiatus de sculteto Aldenstatensi. In nostro vero casu non subordinatus tantum, sed pro duabus partibus iure feudalis dominij subiectus Burggrauio. Hæc igitur prouisio ipsi Burggrauio non præiudicat, vt qui per proprium scultetum ius suum conseruauit, & per Carolinam Bullam postea contra dictam negligentiam restitutus sit. Reliquæ quoq; clausulæ huius documenti meram commissionem sapiunt. Comminatur enim ciuib. in faciant mandatum. Auxilium promittit ni casu necessitatis & difficultatis *als fern sie darzu Recht haben*. Ciuium vero ideo specialis facta videtur mentio, cum q; priuatim eorum interesset, quantum ad iura in syluis cōpetentia ciuitati, tum etiam quod propter vicinitatem & potentiam idonei reputarentur executores, quorum opere scultetus in exequendo vteretur in causa communi & publica.

P Litera P. de Anno 1371. senatus iubetur *begelaitten* eos, qui extra ordinem ab illo petūt, extra ordinem puta, quia sine termino & indefinite loquitur de omnibus quicunque petant. Nec Burggrauio præiudicat, quia iam ante de eodem inuestitus erat, vt supra litera E. Schonstatenses certe nullum ordinarium ius vllius *Gelaidts* extra vrbem habuisse ex *Bundts decret*, & actis ibidem constat, tacendo de clausulis reseruatorijs venditionis Anno 1429.

Q Litera Q. de Anno 1378. similiter alios dominos præsupponit intra milliare ab vrbe, quib. alioqui iure proprij territorij suis casib. & cæteris parib. extra causam hanc priuilegij competere posset *Stadtrecht, Marckrecht, vnd Halßgericht auffzurichten*.

R Eadem ratio litera R. quæ cum data sit Anno 1464. & sic 32 annos post venditionē, bene ponderanda est, nimirum ne tum quidem ius proprij territorij Schonstatenses habuisse intra milliare ab vrbe sua, quod plurimum facit ad elidendos eius temporis actus Reorum, tāquam priuilegiato & non ordinario iure exercitos in alieno territorio.

Quæ sequuntur documenta ad plene probanda iure imperij in Schonstatenses trāslata ad 19 defens. referuntur. Litera S. de Anno 1350. non continet incorporationem syluarū vt Schonstatenses intelligunt per hæc verba, *daß die VValdt vnnd der Forst beyderseits des VVassers*, cum pertinentijs *bey der Statt Schonstadt evviglich bleiben sollen, mit allen Rechten, Freyheiten, guten Gevvonheiten, alß sie von alters von Rom. Kayßern vnnd Konigen, auch von vnß hergepracht vnnd kommen seyn*. Primum enim satis intelligitur iam, quid sit *bey der Stadt*, siue *dauon nicht abgesondert vverden*, ex ijs quæ circa arcem imperialem diximus.

Cautum siquidem habebant Schonstatenses iam inde ab Heinrico VII. Imp. & successoribus eius, ne arx alienaretur vel separaretur ab vrbe. Interim tamen ipsi eam etiam non tenebant, sed imperatorum pro tempore *Amptmenner* siue *Reichspfleger*.

Primus fuit Rupertus Cæsar, qui 90 annos post Heinricum Schonstatensib. vlterius cauit, se & successores imposterum nullis alijs commissuros d. arcem in casu absentiæ imper. Deinde conferenda est superius allegata litera O. tribus annis hac posterior, in qua, vt ibidem dictum, præsupposito Burggrauiorum dominio, nec non negligentia, & ab vsu rei suæ cum detrimento publico, extraordinem Schonstatensib. demandatur tuitio dd. syluarum, quo non fuisset opus, si ex vnitione & incorporatione generali iam allegata, antea pleno & ordinario genere id facere potuissent & debuissent.

Tertio, verba illa, *bey der Stadt bleiben*, interpretationem sumunt ex adiunctis illis *alß sie vō alters von den Kaißern hergepracht*, videlicet hoc modo, Imperator siue imperium habebat directum dominium, Burggrauij in feudum tenebant ab eodem imperio varia iura in syluis, quæ vendiderunt post 20 annos Schonstatensib. reseruatis *VVildtpan, Lehen, Gelaidt*, & subditorum suorum iuribus in vtraque sylua.

Habebant præterea TT. *Fuhrreiten* quam longe post datum huius literæ S. vendiderunt Schonstatensib. Anno 1396. prout in supra allegata litera EE. Item *das Obrist Forstmeister Ampt* in sylua Laurentij, quod eodem Anno Schonstatensib. vendiderunt, vt in litera T.T. Alij quoque ciues dicti *die Forstmeister* in eadem sylua Laurentina habebant *ein Forstampt* quod similiter eodem fere tempore, quo TT. vendiderunt Schonstatensibus, vt testantur Impp. Robertus & Sigismundus, literis RR. SS. Forestariorum vero & Zeidelariorum iura in genere contrafuerint ex ponitur supra in allegatis literis G. H. I. K. L. nempe inter cætera, quod Forestarij subsunt Waldstromeris, habentibus ab imperio *das Oberst Forstmeister Ampt* & Zeidelarij *des Reichs, Zeidelmeister zu Hohensaē*, coram quib. respectiue bis in anno deferunt *die VValdtrugen*, ita tamen vt excipiatur *vvas Halßgericht vnd Todtschlag in den Gerichten geschehen*.

Cæterum omnes tam Forestarij quam Zeidelarij: Itemq; *die Oberforstmeister vnnd ander Amptleut* in superius allegata litera M. iubentur coram sculteto & senatu iureiurando exponere omnia, quæ syluis commoda vel incommoda esse possunt, sub pœna priuationis officiorum suorum ac iurium in syluis. Ipsi vero senatui præerat Burggrauius, vt dictum in recognitione litera G. & in litera O. supra. Burggrauijs negligentib. officiū suum subordinatur scultetus & senatus. Hoc igitur statu imperij Carolus in litera hæc S. syluas vult manere apud ciuitatem sartis tectis iurib. ciuium: Burggrauio vero non excluso, imò plenissime iuribus eius confirmatis postea per auream bullam, & cassatis contrarijs. Quibus accedit, quod de iure vero syluarum cum ciuitate non præiudicat territorio Burggrauiatus. *arg. text. c. 2. extra de religios. dom. Socyn. in c. sicut vnire. num. 118. extra de excess. prælato.*

T Litera T. de Anno 1365. concernit *Verpfandung des Schultheissen Ampt, vnnd des Zolls zu Schonstadt* in manu Friderici Burggrauij. Quod intelligendum non de duabus partibus d. *Schultheissen Ampts* vel consensu *vff den Zoll* quæ iam ante feudi iure tenebat ab imperio, sed de tertia parte & iure imperiali. Addatur litera III. in except. 122.

V Litera V. Commissio Heinrici Imp. de Anno 1309. ad scultetum consules & ciues Schōstatenses de destructa & vastata sylua redigenda in pristinum statum, de quo supra in litera *G. O. & S.*

X Litera X. de Anno 1331. Imperator Ludouicus transgressores ordinationum syluarum iubet puniri in articulis ibi expressis à iudice & ciuibus Schonstatensibus *ahn Leib vnd ahn Gutt, nach dem sie dunckt, daß sie vervvurcket haben.* Restringuntur hæc ad articulos ibi expressos, Item ad personas certas, *Amptleut, Forster, Zeidler, vnnd vver zu dem VValdt gehort,* iuratas senatui ante venditionem Castri, Pagorū, Syluarū, *vnnd des Schultheissen Ampts.* Hæc commissio Burggrauio (cui subordinatus erat & respectiue subiectus tam scultetus quàm senatus) nihil præiudicabat, post venditionem non præiudicat, propter reseruatum *Burggravethumbs Herrlichkeitt, außvvēdig der Statt.*

Et quia punitio hæc siue *VValdträg* discernitur ab ordinaria causa capitali siue *Halßgericht* in litera *G. & T.* vnde pœna illa trāsgressionis legum ibi præscriptarum, ita vt non præiudicet *dem Halßgericht* à iurib. syluaticis manifestè separatur.

Y Litera Y. concernit *Ervvechselung der Fuhrrendt* Anno 1339.

Q Litera Q. Anno 1340. Imperator prohibet *Schaitern, Pachen, Glaßoffen machen* transgressores iubet puniri, à sculteto & ciuibus *am Leib vnnd Gutt* non maiori vtique Burggrauiorum præiudicio quàm in supra dicta litera X.

AA Litera AA. Wenceslaus Bohemiæ Rex Anno 1366. ætatis suæ quinto confirmat duo priuilegia patris sui imperatoris Caroli de Anno 1355. & 1358. continentia iura Forestariorum & Zeidelariorum, vbi sculteto & ciuibus Schônstatensibus datur potestas puniendi in reb. & personis transgressores ordinationum syluaticarum, quod tum fiebat sub autoritate quoque Burggrauij, ad quem iudicium *in Schonstadt* pro duabus partibus pertinebat ex feudo, & qui præsidebat senatui in cognitione iurium syluaticorum, vti in cognitioe literæ *G.* exprimitur quoque subinde alia pœna, nimirum priuationis officij & vtilitatum in syluis ex eadem causa, quæ pœna alternatiue sese habens, cum illa altera puniendi in rebus & personis, ostendit non ordinariam, maiorum crimnalium punitionem huc pertinere, facta illa præsertim separatione *des Halßgerichts* litera G. & F. Præter hæc & in hoc ipso documento continetur etiam, quod Imperium Castrum B. in dictis syluis situm eodem modo & intentione & cum omnibus iuribus committit ciuibus sicut Castrū suum & fuerint super *Schonstadt* vt sit ipsis ciuibus cum ijsdem parendum & intendendum.

Qua de re dictum in literis A B C. Hic sufficiat, quod particulares hæ commissiones nō præiudicant Burggrauio vniuersalia & ordinaria territorij iura habenti ex inuestituris imperialibus ex clausulis reseruatorijs vtriusque venditionis & transactionis, iunctis clausulis de rogatorijs inuestiturarum & confirmationum.

BB Litera BB. de Anno 1310. Est Imp. Henrici mandatum de sylua in pristinum statum redigenda, sculteto & consulibus factum, quibus etiam super hac re vult iurari à Forestarijs & Zeidelarijs: sed adhibenda semper litera O. & recognitio literæ G. quæ præsupponunt primarium caput ipsum Burggrauiū, ad quem scultetus quoque pertinet, & qui senatui in simili causa præsidet. Ex hoc apparet ea quæ sita sunt extra vrbem vna cum arce imperiali non translata esse: Imo ne cum syluis quidem omnia in ijsdem sita eodem modo venire.

CC Litera CC. Idem Imp. officium Foresti in feudum concedit Ottoni *Forstmeister* Anno 1309.

DD Litera DD. de Anno 1337. Imp. Ludouicus Hartmanno *Biber acht kleine Kolfevver in des Reichs Forst.*

Litera

EE. FF. GG. HH. Litera EE. FF. GG. ad singularia iura pertinent *der VValdtstromenner vnnd Herren von Laufenberg ohne einige Obrigkeit*, vt fatentur *Schonstadenses in 37. defens.* Litera HH. est inprimis notanda. Sępe iam dictum, iura Forestariorum & Zeidelariorum sub potestate & autoritate quidem sculteti & senatus Schonstatensis contineri, ita tamen vt non excludatur caput ipsorum Burggrauij: id maxime firmatur hac litera, quæ data est Anno 1334. Nam argumentum eius, hoc est, q̈ quilibet Forestarius habebat Priuilegiũ fori *an keinem Stadt Recht zu stehẽ, dãn vor des Reichs Hofe oder vor dẽ Landtvogt, oder vor dem VValdstromer.* Vnde cum duo Forestarij *zu Landtsburg*: (qui loc⁹ tũ Comitũ Assenheimẽsiũ erat, sub pfectura Neotorfensi ad eosdem spectat) traherent in ius corã Scabinis *zu Landsburg*, Priuilegij autẽ sui vindicem appellarẽt *den Landrichter zu Schonstat*, annulabant & cassabãtur ab eodem actitata *zu Landtsburg*. Manifestum inde patet iterũ exemplũ, q̈ Burggrauius vicẽ Imperatoris supplebat & ordinario suo iure ea exercebat, q̃ quenq; specialiter dicuntur ad *Landvogt* & alios s̃ nominatos ptinere. Neq; n. aliud fuit vniuersale iudiciũ, in quo præses puincię iudicialiter aditus, vice Cęsaris partes suas interponere potuit q̃ iudicium illud prouinciale, siue *das Kaiß. Landgericht* Burggrauiatui iam incorporatũ. Vnde patet, iurisdictionem in Forestarios & Zeidelarios tanquã vasallos Cæsaris singularem fuisse ab ordinaria causam exemptam, & in causis quidẽ ordinationũ syluaticarum Schonstatensib. ita comissam, vt tm̃ ipsi senatui psederit Burggrauius cõuocando eundem & oẽs Forestarios, interq; ipsos de singulis iurib. syluis cognoscẽdo, put in recognitione literæ *G.* In alijs autem causis inter Forestarios emergentib. iudicem cõpetentẽ fuisse *des Reichs Hoffrichter*, Itẽ *der Landvogt*, & post hunc *der VValdtstromer*, tanquam *Oberster Forstmeister.* Loco autẽ *des Landvogts* adiri potuisse *des Burggrauen Landtgericht*, à Forestarijs: Ordinariã vero locorũ iurisdictionem ciuilẽ & criminalẽ vniuersaliter quidem Burggrauiũ exercuisse p *Landgericht*: Particulariter vero quoad singula loca extra vrbẽ iure territorij saltem tũ temporis, vti constat de *Holler, Kleinbuchen, VVasserhoff, Landtsburg.* Ac vbi domiciliũ fouebãt Forestarij illi, de qb. in hoc documento agit̃, tũ erat Comitũ Assẽheimensiũ postea vnitũ Burggrauiatui, vti pbat̃ ex venditione Assenheimensi, & inuestitura Caroli IV. de anno 1364. *in 4. tom. prob. Duc. litera CC. & DD.*

Pagũ item *Hohensaen* vbi ab antiquo resedit *des Reichs Zeidelmeister*, ad Burggrauios pertinuisse, quantũ ad criminalia attinet, constat ex vrpheda & anno 1412. *n. 88. in 3. tõ. pb. Duc.* sic etiã quoad *Eichgelbach* & *Reichsstrassen bey Schvveinheim* criminalẽ tũ iurisdictionem ad Burggrauios ptinuisse mandatũ ostẽdit duplex vrpheda de Anno 1415. *in 3. tõ. pb. Duc n. 91. & 92.* Ibidẽ in superiori quoq; tractu circa *Rodẽstein & Herrẽburg.* Burggrauios iã olim habuisse *Fraischliche Recht vnnd Halßgericht*, docet ex inuestitura *n. 31.* in replicis repetita corã *Büdsstandt*, & in causa natura in responsione ad primum præiudicialem.

II. Litera *II.* de Anno 1339. Imp. Ludouicus à ptectione prẹsidis & officialium imperialium eximit Abbatem *zu Ilbenfeldt*, dicens, *daß er jhnen in sein besondern Schirm vnd Friedt genommen, vnnd das empfohlen* Sculteto Schonstatensi. Multa de *Landtvogthey* in se translata gloriant̃ Schonstatenses, quæ hoc anno adhuc penes Heinricum de *Dürckheim* fuit, & quatenus cessio aliqua facta fuisset, tñ non ipsis sed sculteto imperiali pro duab. partib. iure fudi ad Burggrauium ptinenti *litera T. & litera III. in except. 122.* quæ innunt ab Anno 1323. vsq; ad annũ 1367. ius illud pignoris non resolutum fuisse, facta esset, nec plenæ cessionis sed commissionis modo & iussionis. Deinde non quoad totam & omnimodam functionem, sed tm̃ quoad certam & singularem eius functionis particulã, vt est ptectio *des Apts zu Ilbenfeldt*, vbi etiã alia quędã Cęsaris iura p partes distinctis temporib. Schonstatensib. subinde commissa adit Castrum imperiale *zu Schonstadt.* Quod autem tota illa functio *der Lãdtvogthey* Schonstatensib. siue cessa siue comissa fuerit, nullũ verbũ vspiã in documentis ipsorum nec vllo modo sibi ea in re cõstant, nunc ad incorporationẽ arcis imperialis, nunc ad tempora abolitorum præsidum administrationis illius translationem referentes. Vtcunq; autem sit, ad ordinariam iurisdictionẽ territorio inhærentem nihil ptinet. Eam n. Burggrauius nomine Cæsaris, vt s̃ dictum, vniuersaliter exercebat p *Landtgericht*, & iure proprio feudali passim in controuerso districtu, vt sæpius iã dictũ. Ac criminalis quidẽ iurisdictio tribui etiam videt̃ *dem Landtvogt* s̃ in litera *I.* Sed non absolute, nec quoad rem nec quoad psonã vt ostendit̃ ex verbis, *vnd vvas auch Todtschlag in dem Gericht geschehen, das gehort einem Landtvogt, oder dem, der es vmb Rechts vvegen innen hatt.* Et sic psidi quidẽ puinciæ tanq̃ officiali Cæsaris ex suprema potestate Principis reseruata, idq; extra ordinẽ, puta ad effectum puidendi atq; supplendi defect⁹ ordinarij, qui ab imperio tenet in feudũ, in caussa negligentiæ, denegatæ iustitiæ, aliorũq; abusuũ iuxta illud, *vveil die edlen Burggrauen* vt s̃ litera *O.* Similiter etiã alibi ab impio psidiatus siue *Landvogtheyen*, iã olim fuerunt extraordinariẽ p tempore puisiue constituti & adhuc quibusdam in locis supersunt, non abolitis interim ordinariorum iuribus.

Concludo, Titulũ hunc vniuersalium iuriũ Imperij in hoc districtu in Schõstatenses cum arce Imperiali translatorũ, vt prętendunt, probatũ nõ esse. Iidem *in 22. defens. cum trib. seqq.* ex omnibus præmissis particularibus inferunt cessionem omnimode iurisdictionis; idq; referunt ad Annos 150. ante exhibitos suos defensionales, ꝙ tempus incideret in annum 1383. ibi nul'ũ plane extat documentũ. Illa .n. documẽta literæ *A. B. C. D.* ad 3. defens. probãd. adhibita & huc repetita longe anteriorib. & posterib. temporib. data sunt, & nihil præter nudam cõmissionem arcis & partium ei⁹ *Thurn, Thor, vnd Mavvren* cõtinẽt, de quib. sup. satis dictũ, vti & de iudiciali & extraiudiciali, tũ cognitione, tũ executione criminaliũ extra vrbẽ. Vnde contrariũ potius elucescit, ꝙ & ante & post tẽpus illud, in ꝙ translationem *der Landtvogthey* conferunt Schonstatenses, territoriũ extra urbẽ Burggrauiorũ fuerit, ꝙ ad *Lãdtgericht, Zoll, Gelaidt, VVildtpahn, vnd andere Heerligkaitten*, docentibus id inuestituris, & aurea bulla, præsertim iuncta littera *E.* de Anno 1366. & trãsactione Friderici Palatini, 1386. clausulis vtriusque venditionis. Itẽ trãsactione Ludouici Palatini, Harrẽsi, & decreto fœderis. In specie vero quoad ipsam executionem criminaliũ ante vẽditionẽ, pter confessionẽ Schonstatensiũ toties repetitã addãtur Vrphedæ de Anno 1412. & 1415. Ex quib. illud clarissime quoq; cõstat, *das die Burggraven innerhalb der VVasser, einen Landtfriedens Hauptman gehabt, Herrn Ehrenfrieden von Sechtendorff Rittern. Item einen Hoffmeister H. VVeyrauch von Traitling* quorũ arbitrio facinorosi relegati & restituti sunt.

Secundũ principale fundamẽtum Reorum est priuilegiũ Caroli IV. de Anno 1347. ꝙ habetur inter documẽta ipsorũ litera *N.* Sed nullam id iurisdictionẽ penitus tribuit Schonstatensib. sed ius Asyli adimit latronib. promittit sculteto ius salui cõductus, *das er auff vnser vnd des Reichsstrassen Belaitten vnd Beschirmen, alle die darauff Reitten, VVandern oder Gehen, ohne aller Hern vviederrede.* Sed iam ante dictum, ꝙ Schonstatensib. ante bellum Bauaricũ, nullum prorsus cõpetiebat ius ordinarij salui cõductus siue *Gelaittens* extra vrbẽ, prout in decreto fœderis diserte exprimit. Præterea additur in hoc priuilegio: *VVo vnser Schultheiß schadliche leutte, Rauber, vnd Brenner gevvahr vvird, dann soll er vnnd mach jhn nachfolgen von vnsert vnnd des Reichs vvegen.* Vbi similiter præsupponitur, ꝙ in aliorũ dominorũ territorijs persecutio hæc fiat, ibi, *es sey Furst, Heer, Ritter, oder Knecht, in der Landt oder Vesten die sie angreiffen.* Et hic quidem vnicus & verus titulus est Schonstatensiũ persecutionis facinorosorum extra vrbem, excepto ꝙ de *Holler* & *VVasserhoff*, *itemq; Tieflech* ex singularib. transactionib. fatet Illustris. D. Idẽ titul⁹ & causa exprimitur in libris ipsorum, vnde actus suos extraxerũt, vt post videbitur. Caussa huius priuilegij ab initio hui⁹ documenti his verbis notatur, *mancherley Missethat, die bey vnd vmb sie*, puta *Schonstat, geschehẽ*, quæ verba ad hoc põderanda, ꝙ proxime circa ipsam vrbem prę̃supponitur ordinario iure ciues Schonstatenses delicta punire nõ potuisse, nisi extraordinario modo & speciali iure subuenisset Imp. vera illa *schadtliche Leutt* exẽplificatur in latronib. prædonib. incẽdiarijs, diffitatorib. receptatorib. hospitib. nõ restituẽtib. deposita. Itẽ *das man alles freuentlich fordern fur ein Raub haltẽ soll.* Ex quo facile colligere licet, ꝙ lata potestas Schõstatensib. data sit extra vrbem in alienis dominijs siue districtib. prosequendi facinorosos & quoscunque suspectos. Vnde oẽs ipsorũ actus ambigui, equiuoci & nõ concludẽtes reddũtur. Cumulatiuum igit̃ vel potius subordinatũ & subsidiariũ est exercitiũ hoc, nõ priuatiuũ, extraordiriũ nõ ordinarium remedium vagũ, incertũ, nullis limitib. terminisq; circumscriptum, ne scilicet delicta enormissima propter iurisdictionũ diuersitatẽ maneant impunita. Quo faciunt etiam illa verba, *das denen die sie beschadigt haben an Leib vnnd Gutt, vnnd sonder dem Landtrecht, von jhnen geschehen, nach der Statt Recht.* In quibus verbis vrbicam iurisdictionẽ Imp. ꝓ magis celeri expedita & facile habere videt̃ quã ordinariorũ iudicia, q̃ sæpe ꝓ diuersitate districtus impedire & quasi interpellare solẽt persecutionẽ maleficorũ. Vnde etiam articulus ille tanquã generalis postmodũ in pacẽ publ. est translat⁹ cũ adiectione formę & modi. Sicut autẽ remotiorib. ordinarijs nõ præiudicauit Schonstatensiũ *nachvolg* siue *nacheill.* Ita nec Burggrauio magis vicino: Muros n. vrbis egressi (qui inter vtrosq; distinguunt & discrimant, vt sæpe iam dictũ) eodẽ speciali iure cõcurrendo vtuntur. Sicut & clari iuris est, p † iurisdictionẽ cõcessam iudici speciali nõ intelligi sublatam in illo casu iurisdictionẽ iudici generali *Nellus in tr. de Bannitis in 2. p primi temp. quæst. 11. n. 52. Paris. de puteo, in tr. de Syndicatu in verb. arbitrium. n. 10. p l. 1. C. de off. pfid. vrb.* Item iurisdictionẽ † iudicis ordinarij in caussis priuilegiatis nunquã videri sublatam per dationẽ parlantis iudicis in certe genere caussarum vel psonarum. *Ioh. And. quẽ sequtur ibi Dom de S. Gemin. in c. p hoc, in vlt. col. de heret. lib. 6. Aretin. cons. 107. nu. 2.* Facit distinctio Angeli *in l testam. n. 7. ad fin. ibi, idem si fauore Reip. C. de testam.* quia in dubio specialis iurisdictio alicui concessa, censetur attribui cumulatiue nõ priuatiue, *Hyppol. Riminal. in §. 1. inst. de donat. n. 29. Boer. cons 156 nu. 7. vol. 3. Et* posito quod sic in aliquo Carolus Imp. p hoc læsisset Burggrauium id omne tamen in aurea bulla restituisset & reparasset. Transactiones quoque Ludouici Palatini, & Harrensis. Item *Bundts decret* iura Burggrauiorum

73

74

rum ordinaria per omnia illibata conseruarunt. Vnde concludendum priuilegiam hoc non modo non tribuere, sed etiam penitus euertere omne præteritum ius Schonstatensium, quoad ordinariam puniendi potestatem extra vrbem.

Tertius principalis Schonstatensium titulus est emptio de Anno 1427. In defens. 28. allegant tantum emptionem syluarum, nulla facta mentione venditionis castri & pagorum coram *Bundtsstandt* vero emptionem Castri & sex pagorum potissimũ vrserunt. Verum alibi in hac ipsa causa d. emptionem castri vna cum alijs fundamentis contra Illustr. D. cœperunt, non tamen in originali edito documento illo, sed tantum copia producta in Replicis 123. tam venditionis Castri quam confirmationis illius plenioris sigismundi.

Dicendum primo de venditione syluarum, in qua (prout refertur *RR.* inter documenta Schonstatensium, *& n.77. in 3 tom. prob. Duc.*) inter alia habentur hæc verba: *Verkauffen all vnser Recht ahn vnd vff dem VValdt bey Schonstadt vff dem Landt vnd vff der Seiten S. Sebaldt Pfarr, mit sampt dem Viehehoff Katzenbach &c.* Item *Forstgericht* cum suis iurib. & pertinentijs, *die zu demselben VValdt vnnd* dd. *Guetern gehoren, es sey ahn VVassern, besucht oder vnbesucht.*

Postea ad alteram soluam habentur hæc: *All vnser Recht vff dem Schonstatter VValdt, vff der Seitten S. Laurentij, vvie das alles genant ist, vnnd zu demselben VValdt vnnd Guettern geboret*, nullo excepto *in beyden VValdten, vnd in allen vorgeschriebenen Dingen, dann allein vnser VVildtpahn, Lehen vnnd Geleidt, vnnd vnderschiedtlich der Rechten vnserer Leutt vnd Gueter vmb vnd an beyden vorgeschriebenen VValden.*

Hic quæritur an venditum sit merum imperium cum syluis? Antea dictum circa documenta imperialis Castri mentionem facientia, considerandum esse ex traditis & notatis DD. An iurisdictio aliqua annexa sit Castro, an vero illud per se subsistat, & iurisdictio per se? Itẽ an aliquid expressum sit, per quod videatur simul venisse iurisdictionem?

Deniq; ex persona & causa hoc æstimandum esse. Id nunc considerandum circa syluas. Et quidem inter pertinentias hic expressas, nihil reperitur quod iurisdictionem aliquam sapiat, præter *Forstgericht vnd Forstrecht*, à quib. separari expresse *das Halßgericht*, Item *Todtschlag*, constat ex supra deductis literis *G.H.I. K. L.* Forestarios nihil commune habuisse cum ordinarijs iudicijs, sed vt Cæsaris vasallos coram *Reichshöff*, vel *Landtvogt*, vel *Forstmeister* conueniri potuisse similiter ostensum.

Cõfirmatio Sigismũdi, litera *LL. & MM.* relata inter documenta Schõstadensium subinde dicit, *nachgeschrieben.* Item *die benante Lehengericht vnnd Guetter.*

Nullum vero aliud iudiciũ nominatur *dem Forstgericht.* Et ibidem quoq; dicitur, quod Dux petierit Schonstatensibus confirmari ab Imperatore *die vorgenante Gutter, Recht vnnd Zinß, als die vor aigentlich benent seyn.* Ex quo apparet, quod iudicandum sit de altera illa pleniore confirmatione Sigismundi, quæ producitur in Replicis 127. *num. 59.* Clausula autem reseruatoria vẽditionis syluarum quamuis angustior sit altera reseruatoria venditionis Castri, in effectu tamen idem importat. Quia hæc tria iura *Leben, Gelaitt, VVildtpan, die Lehenschafft zu VVasserhoff* reseruata in primæua venditione eiusdem, & renunciata demum in transactione Ludouici Palatini, iuncta Harrensi, & decreto fœderis, euincitur. *Gelaitt* vero & *VVildtpan*, adhuc hodie ab ipsa vrbe incipere notorium est. Vnde & testes quædam propter hæc iura Duci criminalem iurisdictionem tribuunt ex iurisdictione maiorum.

Deinde hæc reseruatio declaratur ex altera illa ampliori in venditione Castri addita. Nec verisimile vllo modo est, eadem die in altera quidem veditione reseruatum esse *Burggrauethumbs Herrlichkeitt außvvẽdig der Statt.* In altera vero eandem vẽditam in syluis, quarum tractu Schonstatenses omne circa vrbem suam territoriam contineri volunt: Præsertim cum † *Landgericht, Gelaitt, VVildtpahn, vnd andere Burggrauenthumbs Herrlichkeit*, indiuidua iura territorij sint (vt de tuitione territorij Heinrichman in appendice consiliorum *cons. 3. num. 9. Zas. cons. 14. nu. 14. & cons. 15. nu. 3. lib. 1. Iacob. in verb. Marchiu. vers. dubitatur, & vers. quæritur etiam. n. 4 de feud.*) nihil commune habentia *mit den eigentlichen benandten Rechten Guttern vnnd Zinsen*, quæ sola confirmari Schonstadensib. petijt Illustr. D. vt supra dictum. 76

Vnde nec illud obstat, quod reseruatis certis iuribus omnia alia iura siue iurisdictionalia siue regalia inclusa videantur. Respondetur enim hoc ita demum procedere, quatenus nõ aliunde in contrarium constet de mente contrahentium, vt hic ex altera reseruatione eadem facta. Deinde examinand. est, vtrum ex nostro casu merũ imperium siue *Halßgericht* veniat de natura vẽditorum, an vero reseruatorum? De natura venditorum non venit, quia *Forstgericht* separatur à causa capitali, sæpe dd. literis *G. & T.* & vendita in vtraque venditione subinde specifice distinguuntur à nõ venditis. Reseruata vero continent ius vniuersale indiuiduum, quod & ante & post dictam venditionem, eodem modo semper se habuit, vt euidentissime constat de *Geleidt*

retenta fuere *zu VVasserhoff der Burggrauen Stock, Bandt, Eyssen*, sic cōclusiue apparet, q̄ vēdita sunt, in vtraq; venditione, concernere iura particularia, pagos, bona & census in Burggrauiatus territorio sitos: ipsum vero territorium, expressis iuribus illis superioritatis, *Leben*, *Gelaidt*, *VVildtpahn*, & adiecta generali clausula ampliatiua, *vnnd andere Burggrauethumbs Herrligkeit*, plenissime conseruatum, cum huius clausulæ effectu, vi, & potestate, ex inuestituris, ex *Kampffgerichts Ordenung*. Ex Vrphedis antiquis: vbi in qualitate & terminis punitionis delictorum Illustris. Duces appellantur, *Heerschafft*: ex vsu loquendi temporū illorū ex attestationib. Neutor sensib. de Anno 1486. clarissime constet. Atq; ita omnia alia iura non specificatim vēdita, maxime vero meri Imperij, hoc verbo veniunt, & idone quodāmodo significāt, ꝙ in persona Magistratuum verbū potestas, id est, Imperium. *l. potestatis de V. S. l. Imperium. de iurisd. om. ind. Paul. de Castr. in cons. 9. n. 10. p. 1.* vbi dicit ꝙ † in materia iurisdictionali verbū potestas denotat Imperiū, vt in [illegible] præside prouinciæ, *vt l. 3. de off. præsid.*

79

[illegible] ubium omne eximit transactio Ludouici Pal[illegible]ni qui disponit de criminalib. *In VVasserhoff*, & iuribus Syluaticis tāquam disparatis, & in proximo quidem illo vrbi pago cōcedendo aliquid Schonstatensib. ex reseruatis Burggrauiatus. Quo ad syluas vero referendo se ad priuilegia Ludouici & Caroli Impp. & ipsam venditionem syluarum, quæ intra se collata aptissime ostendunt Syluarū separatam & diuersam caussam esse ab ordinario territorij iure, in quo sitæ sunt. Dū vero etiam transactio Friderici Palatini de Anno 1366. confirmat in puncto *des Zols vnd Glaidts*, manifeste territorium Illustris. D. extra vrbem in sua integritate, conseruat, iuncta reuocatoria Caroli Imp. de Anno 1356. q̄ expresè præsupponit Burggrauios, vti oēs alios Imperij Principes & Comites, in feudum ab Imp. accepisse *Zoll vnnd Glaidt in jhrer Herrschafft vnnd Gebiett vmb Schonstatt*, iubens eosdem *bestellen, das in jhren Herrschafften &c.* prout supra in litera *E*. Denique punctus eiusdē trāsactionis quoad *Landtgericht*, & transactio Harrensis cū omnibus superiorib. collata clausulas nostras reseruatorias explicat. & cōfirmat. Nec præterea nuda geminatio illa verb. *behalten vnser Herrschafft die Herrligkeit des Burggrauethumbs*, hoc est, reseruam⁹ dominio nostro superioritatē Burggrauiatus, Addantur q̄ dicta sunt in verbis *Hohengericht* supra in descriptione *Burggrauethumbs*. Et bene circa hunc titulū emptionis notanda singularis reorum variatio & incōstantia (de quo eriā sup. in transactione decreti federis monitū: vt qui litigiosum hoc ius meri Imperij eiusq; possessionē vel quasi lōge ante hasce venditiones ex titulo præsidiatus siue *Landtvogthey*, se ab antiquo habuisse prætendunt. Quod si ita esset, vt doceri non potest, qua frōte ignorantia aut errore etiam erga Rom. Imp. vel tum vel in hodiernum se excusabūt. Nihil enim tale à Burggrauijs & qui domini nō fuissent, emere vel etiam tribuere auferreq; potuissent: ꝙ nunq̄ habuissent. Cū nemo plus iuris ad aliū trāsferre possit. *l. nemo pl⁹ iuris. ff. de Reg. iur.* Tanquā igitur contraria allegātes nō sunt audiendi, iurib. vulgatis. Cū sic in totum eorum confundatur intentio & fundamentum, siquidem non † est possibile, vt inquit *Raphael Cuman. d. l. qui bona. §. fin. nu. 3. de acquir. poss.* possidere duob. titulis iustis diuerso tempore concurrentibus, quia nanciscendo ex secundo titulo videor habere malam fidem in primo: Hæc ille.

80

Vltimus Reorū titulus est p̄scriptio immemorialis. Pēdet hic titul⁹ ex viscerib⁹ & anima possessorij: si quiete nunquā possederūt: si non iure suo ex caussa singulari priuilegiata in alieno possederunt: vti innuit generalis articulus, singulis pagis præmissus, q̄ verificatur in alijs quoq; territorijs vltra aquas, docentibus id intitulaturis librorū Schonstatensiū argumentis & circūstantijs casuum inde exercitorū, si oēs malefici ante venditionem sub eo sculteto, & in eo iudicio criminali, cuius duæ partes ad Burggrauium pertinebant (vt notandis verbis dicitur in venditione syluarum) & eius officij iudicijque administri Schonstatenses in priuilegijs constituuntur, puniti sunt: si Albertus Dux venditoris filius graue bellum cū Schonstatensibus gessit propter *Stock, Bandt, Eyssen, in VVasserhoffe*, vt in conclusionibus 144. fatentur: si Fridericus eiusdem Alberti filius cum Sigismundo fratre, quod passim sæpiss. cum in nostra caussa, tum corā *Bundt* confessi sunt, Duce subinde acceptāte, ipsis cōtradixit quoad *Fraisch* inter aquas, illique contradictioni vnicum priuilegium absque intentione præiudicādi ordinario apposuerint Schōstatenses circa annum 1492. & 1494. prout in sæpe allegatis missiuis ad dictos Duces Frid. & Sigism. si denique variant in titulo, nūnc ad *Landtvogthey*; nunc ad emptionem, nunc ad singulare priuilegium suum referendo se, ita nunc ad pagos venditos omnes nunc ad limites siue *Marckstein* Schonstatensis Syluæ (extra quos omnes fere pagi controuersi siti) se restringendo. Quod quæso initium? quod medium præscriptionis statui poterit? si sine *Landtgericht* (cui inest *Herrligkeit* vigore priuilegij) sine ordinario iure salui conductus siue *Gelaitten* (quo comprehenditur securitas & defensio stratarum, item punitio facinorosorum *biß an die Schrancken*, nec non totius territorij custodia sine *VVildtpahn*) quæ continetur pœna *der VVildtbrett Schutzen*, cum intentione puniendi *freuel vnd empo-*

bratis. Item ex *Kampffgerichts Ordnung* in fin. videatur Soc. *conf. 187. n. 16. vol. 2.* si qui particulares incidant defectus monebirur suo loco in singulis.

Quantum vero ad reorum libros attinet, vnde actus suos desumpserunt, nullam prorsus meretur autoritatem extra vrbẽ in alieno territorio in præiudicium Burggrauiatus, cuius iura omnia tot contractibus venditionum, transactionum itemq; decretis & responsionib. statuum & Cæsaris integra conseruatata sunt. Est n. communis sententia hæc omnium DD. non probare † publ. documenta in alieno territorio. *Gabriel. lib. 1. de probat. conclus. 5. n. 11.* Fel. *in c. ad audientiam. n. 12. de præsumpt.* refutans Aretin. contrarium tenentem, & vt ipse eum inducit fatentem, in practica obtinere priorẽ sentẽtiam. Etsi vero Menoch. *lib. 2. de arbit. Cas. 90. & 91.* Iudicis arbitrio committat, & Molin. *de consuet. Paris. lib. 1. tit. 1. §. 5. n. 9. & 10. & alijs seq.* aliquid in hac communi DD. opin. desideret: tamen nec arbitrium illud, de quo Menorum loquitur, nec circircumstantiæ illæ, quas Molinus ponderat, puta antiquitas, diligens annotatio, & ordinata series: continuatio ab antiquis temporibus vsq; ad præsens per multos variosq; personarum & temporum successus conformitas veritatis in plurib. capitulis ibi descriptis in nostro casu quicquã iuuant. Vt enim illud sumamus ꝙ præcipuum est, nempe conformitatem veritatis contentorum in illis libris, aut continent actus ante venditionem & nõ probant. contra Ducem ordinarium Dominum pro duab. partib. iudicij ciuilis & criminalis *in Schonstadt*, vt expresse probatur ex venditione syluarum in puncto *des Schultheissen Ampts vnnd Zvveytheil des Gerichts in Schonstatt:* aut actus continent post venditionem, & fides eis denegatur propter reseruationem, *der Herrlichkeit ausßvvendig der Statt.* Tum vero maxime ex eo, quod siue ante siue post venditionem actus recensent illi ambigui, æquiuoci & non concludenres sint, nec alia conformitas veritatis librorum illorum reperiri potest, quando illa quæ notatur & reperitur in inuestituris eorundem, hoc est. *VVas vns vnnd den vnsern geschicht von Mordt, Brandt, Raubnehm, vnd vnrechtem vviedersagen,* Ex priuilegio nẽpe Caroli IV. de Anno 1347. de quo supra dictum. Quod argumentum sæpe etiam in ipsis casib. proditur, & inter alia in causa quadã sub *Steinbuchel* in Replicis 123. vbi de manifestis prædonib. dicitur, *vveil sie aber den vnsern nicht gethon.* Et quod subinde extra controuersum districtum, quem sibi ipsis tanquam limitem *jhrer Fraischlichen Obrigkeitt* præscribunt, casus ipsorum exrendatur: proculdubio si integre editi forent, infinitos similes casus in vicinorum dominorum territorijs exercitos reperire liceret. Extra vrbem igitur propter hãc æquiuocationem non probant. Imo ex hoc solo fundamento, vnico verbo tolluntur omnes condemnationes maleficorum & executiones Schonstati factæ: Nam per † actus æquiuocos non probarur quasi possessio iurisdictionis. *Soc. conf. d. 187. n. 20.*

Et quamuis nõ semper singuli actus ad terminos d. pviuilegij referri posse videantur: tñ non operantur vltra causam ab initio cœpti illius exercitij, hoc est, ab Anno 1418. longe post ordinarium Ducis exercitiũ declaratum: Licet quoq; in recentiorib. quibusdam, postq̃ cum Frid. Duce controuerti cœpit iurisdictio criminalis aliquando addatur, quod factum sit in Schonstatensium *Fraisch Herrlichkeit*: tñ hæc enunciatio in præiudicium tertij nõ probat in facto recenti. *Socin. in d. cons. n. 20.* præsertim contra primæuam possidendi causam, quam mutare sibi ipsis nullo iure potuerunt.

Aliæ quoq; intitulatatæ librorum Schonstatensium, hoc est, *Straffbucher, Rathsbucher, Haderbucher,* non continent siue inferunt argumentũ congruum siue cõsimile *der Fraisch Obrigkeit* extra vrbem, sed incidunt in eãdem causam æquiuocationis, dum verificari possunt contenta in varijs casib. extraiudicialib. minorũ delictorũ siue meri Imperij, sæpe cõcurrente etiam altera illa, priuilegiata causa, super quo examinandæ intitulaturæ dictorũ librorum, prout habetur in Replicis 123. Año demum 1499. mutatis antiquis titulis cœperunt conficere *Fraischbuch*, vt supra admonitum, circa quod tempus etiam attestationes quasdam & informationes de exercitio *der Fraisch* conscribi curarunt. Subijciuntur nunc loca omnia controuersa, in quibus actus iurisdictionales fuerunt exerciti, sed omisi.

88 89

Sententia reuisoria publicata 3 Iulij. Anno. 1587.

In der Reuision Sachen Burgermeister vnnd Rath zu Schönstadt/ gegen vnnd wieder Ludwigen Herzogen zue Vrßlingen/ die Fraischsachen belangend erkennen der Röm. Kay. May. cõmissarien vnd verordnete Reuisores, dz die vorige Vrtheil den 18. Septembris, Anno. 83. ahn diesem Kay. Camergericht ergangen zu confirmiren seye/ wie sie dieselbe hiermit confirmiren vnndt bestättigen.

Vrtheil

DECISIVARVM RELATIONVM, SIVE MODI REFERENDI CAVSSAS in Camera Imperiali.

SYNTAGMATIS III.

DECAS I. VOTVM I.

In caussa Michael Gudten.

Contra.

Aptissin vnd Conuent Sanct Claren Kloster am Rhein.

Materia exsecutionis testamenti.

SVMMARIA.

1. *Legatarii contra heredes agere possunt tribus actionibus potissimum, scilicet rei vindicatione, hypothecaria, & personali actione ex testamento.*
2. *Exsecutor testamenti officio iudicis compellitur ad exsequendum.*
3. *Executor testamenti officium suum rite administrare, & voluntatem defuncti fideliter adimplere & exsequi debet.*
4. *Exsecutor testamenti non potest compelli ad acceptãdam exsecutionem, sed semel acceptatam non potest postea deponere.*
5. *Exsecutor testamenti tenetur nõ solum de dolo, sed etiam de culpa leuissima.*
6. *Exsecutor testamenti cõdemnatur si dolo & culpa sua factum sit, ne legata sint exsoluta.*
7. *Possidere & dolo desiisse possidere paria sunt.*
8. *Exsecutor nudus & merus regulariter a legatariis non conuenitur, sed in eorum optione est virum exsecutorem, an omnes heredes pro rata conuenire velint.*
9. *Exsecutionis officium praescriptione annali exspirat, & exsecutor quis esse desinit.*
10. *Episcopus succedit post lapsum anni cuilibet exsecutori voluntarie desumto non adimplenti, nisi testator expresse longius tempus praescripserit.*
11. *Exsecutoris officium etiam morte aliorum exsecutorum a testatore coniunctorum exspirat.*
12. *Exsecutionis officium de iure non transit ad heredes.*
13. *Obligatio inter heredes actiue & passiue diuiditur, & quatenus quis adiit hereditatem, eatenus obligatur.*
14. *Testator, si scriptis plurib. heredibus institutis legauit rem, quae vnius heredis esset, is, cuius res est, non amplius, quam suam partẽ praestabit: ceteri in reliquis partibus tenebuntur.*
15. *Exsecutoris potestas a testamento pendet.*
16. *Voluntas suprema lex est.*
17. *Hypothecaria, quae competit legatariis, pro re legata, non habet locum in rebus hereditatis, sed hereditariis: nisi heres admonitus post 6. menses nõ soluat. Quo casu amissio fieri potest, & pignus praetorium constitui.*
18. *Actio de dolo temporalis est, & post biennium exspirat, siue absit siue adsit deceptus.*
19. *A dolo qualibet caussa etiam fatua excusat.*
20. *Iudex ex officio propter ineptitudinem libelli, partibus etiam non praesentibus, potest super nullitatibus pronunciare.*

IN NOMINE Domini, Amen.

CIRCA processum nihil desidero. Videndũ igitur de actione. Noti iuris est, legatariis † contra heredes tribus actionib. prospectum esse, videlicet, rei vindicatione, hypothecaria, & personali actione ex testamento. §. *nostra autem, Inst. de legat. l. 1. §. 1. Com. de legat.* Sed in præsenti actrices non videntur egisse contra reum tanquam heredem Catharinæ, sed tanquam exsecutorem testamenti eiusdem, vt ex libello & toto processu colligere est. Vnde videtur officium iudicis pro exsecutione implorasse. Exsecutor † enim testamenti officio iudicis compellitur ad exsequendum, *l. Firmio. §. final. vbi Bart. quando dies leg. ced.* Dici potest actum condictione ex *l. nulli. C. de Episc. & Cler.* vel actione in factum, prout de genere actionũ late disputat Specul. *de instr. edit. §. nunc vero aliqua.* Sed vtra harum instituta sit, parum quoad hunc nostrum casum referre puto.

Cõcludo imploratum officium iudicis, vel actum condictione *ex d. l. nulli.* Illud inprimis probatum esse, quod appellans vna cum duobus aliis in testamento exsecutor deputatus sit, quodque delatum officium acceptauerit, & pro exsecutore se gesserit. Igitur susceptum † officiũ rite administrare, & voluntatem defunctæ sororis fideliter adimplere & exsequi debuit, *d. l. nulli. §. de Ecclesiasticis. §. si quis autem c. fin. vbi Franc. de testa. in 6.* Nam † vt exsecutor ab initio non potest compelli officium acceptare. *l. si quis sepulcrum. §. summus de religios. ca. Ioann. vbi Panorm. de testam. Bar. in d. l. 1. de le. 2. Spec. in d. §. nunc vero aliqua.* Ita semel acceptatum non potest postea deponere. *d. §. summus.* Si igitur appellans non rite administrauit, merito propter negligentiam a legatariis cõueniri potuit: cum † exsecutor non solum de dolo, sed etiam de culpa leuissima teneatur, propter tacitam suscipientis industriæ assertionem, propter quam eligitur. *l. a procuratore. C. mãdati. Cardinal. in Clem. 1. de testam. Paris. cons. 26. volum. 4.* At in præsenti casu appellans non solum in culpa esse videtur, sed etiam in dolo, quia vt heres & exsecutor sciuit, a se & suis coheredibus, legata talia relicta fuisse. Vnde cum dolo & culpa sua factum sit, † ne legata sint exsoluta, condemnandus erit omnino actricibus, etiamsi res legata amplius non exstat. *Spec. in d. §. nunc vero.* Paria enim sunt † possidere, & dolo desiisse possidere, nec vlli patrocinari debet dolus. *l. ex dolo. de dolo.* Et hæc potissimum obtinent in exsecutore herede, vt in præsenti. Tali enim casu, cùm non censeatur nudus & merus † exsecutor, qui regulariter a legatariis conueniri nõ potest *gl. in d. l. Firmio. §. 1. quando dies leg. ced. Bar. in l. alio herede in fi. de alien. leg.* tali inquam casu in optione legatariorum est, velint ne omnes heredes pro rata conuenire, an vero hũc exsecutorem, eundemque heredem in solidum. *leg. si a pluribus in pr. de leg. 1. Bar in d. l. Firmio. §. 1.*

Quod autem legata relicta sint virginibus duabus professis regulam S. Agathæ, hoc reus non diffitetur, & alias per testamenti clausulam satis probatum est.

Concludo itaque intentionem satis esse probatam.

Tribus potissimum exceptionibus nititur appellans.

I. Quod solus exsecutor non fuit, sed alios exsecutores habuerit.

II. Quod vt heres d. Margaretæ non possit aut debeat in solidum conueniri pro omnibus legatis, sed tãntum pro sua portione.

III. Quod testatrix expresse voluerit ab heredibus legata solui, non vero ab exsecutoribus.

Quod ad I. si præsupponamus, appellatum conuentum vt exsecutorem: (sicut meo iudicio conuentus est:) sequitur inepte Actricẽ cõtra eum actionem instituisse: ita enim post annum elapsum conueniri non potuit, eo quod præscriptione annali officium † exsecutionis exspiret, & sic exsecutor esse desierit. *c. non quidem. d. c. tua. d. c. Ioannes, de testam. dict. l. nulli. vbi Bal. Rom. consi. 228.* Post lapsum anni exsecutionis officium deuoluitur ad Episcopum, qui succedit † cuilibet exsecutori voluntarie defuncto, nõ adimplenti. *l. licet. C. de Episc. & Cler.* nisi testator expresse longius tempus præscripserit. *Plac. Franc. in ca. sing. de test. in 6.*

Alia †, quoque ratione exstinctum est eius officium, scil. morte aliorum exsecutorum; Idque sine dubitatione procedit, si testator in specie, per plures coniunctim administrationem seu exsecutionem fieri voluit. *d. c. simus. vbi gl. Bal. in l. cũ magistratus. C. quando prouoc. non est nec. fac. l. non distinguemus, §. si pluribus, de arbit. ca. an de off. deleg.* Nam constat, his exsecutoribus coniunctim exsecutionem, saltem duobus ex eis, & non singulis demandatam fuisse. Igitur de mortuis aliis duobus exsecutoribus superstes appellans ex mente & voluntate

luntate defunctæ testatricis, suo officio est priuatus. Facit, quod alias etiam de iure 12 officium executionis † non transeat ad heredes, *gl. in dict. cap. fin. § 1. de testam. in 6. Bald. in l. id quod pauperibus. C. de Episc. & Cler. Bart. in l. filio. de alim. leg. gl. in l. antepen. de tutor. Panor. d. c. Ioannes. Rom. cons. 69.* Ex quibus concludo, quod appellantem vt executorem non potuerint, ac etiam non possint conuenire.

Altera exceptio est, An vt heres conuenti potuerit? Ceterum ita conuentus actione ex testamento non potest in soli- 13 dum condemnari, cum obligatio † actiue & passiue inter heredes diuidatur, & quatenus quis adiit hereditatem, eatenus obligatur. *l. legatorum petitio. de leg. 2. l. 2. C. de heredit. act.* idque adeo verum est, vt si te- 14 stator † scriptis pluribus heredibus institutis, legauit rem, quæ vnius heredis esset, is cuius res est, non amplius, quam suam partem præstabit, ceteri in reliquis partib. tenebuntur. *l. si tibi. § fundus d. leg. 1. l. vnum ex familia. § si rem. de leg. 2.* Aut igitur conuentus est vt executor, & inepte actum est, aut vt heres, & in solidum condemnari nō potest, aut vt executor & heres, atque hoc fieri non potest morte & præscriptione officii executionis finito.

Tertia exceptio maxime releuans est: Nam vt demus appellantem etiam eum executorem esse, tamen non posset legatorum præsentatorum nomine conueniri, hac ratione, quod omnis executorum po- 15 testas pendeat ex testamēto. Vnde quærentibus † de potestate executoris, inspiciendus ante omnia tenor testamenti, an, qualiter, cui, quibus. *l. non distinguemus de arbitr. Bal. in l. id quod pauperib. C. de Episc. & Cler.* Atq; in testamento Catharinæ heredes & eorum conscientiæ pro solutione legatorū omnium obligātur, per verba zu Ablegung aller Beschwernuß. Executores vero in specie non grauantur, cum iis nudum tantum ministerium exsequendi mandetur.

Cum igitur suprema † voluntas lex sit § 16 *disponat. Auth. de nupt.* pro lege quoq; quicquid a testatore dispositū est, seruari oportet, & ab heredib. petēda legata. Imo, quod ad prætensa legata attinet, expresse videtur testatrix sororem suam Elisabetham, ad solutionem horum legatorum obligasse.

Quare concludo ex prædictis inepte actum, aut si bene actum sit, actionem esse elisam.

Quod attinet ad Arrestationem domus, breuiter concludo, nulliter factam Arre- 17 stationem, eamque relaxandam. Nam † hypothecaria, quæ competit legatariis pro re legata, non habet locum in bonis hereditatis, sed hereditarii. *l. 1. vbi gl. in verb personalem. C. com. de legat. gl. in § nostra. de leg.* Nisi heres admonitus post sex menses, non soluat, quo casu missio fieri potest, & pignus prætorium constitui, *gl. in d. l. 1. verb. suis heredib. Ang. in d. § nostra. per l. certa. C. vt in poss. legat.* Domum autem arrestatam patrimonium heredis esse, literæ scabinorum ostendunt.

Nec obstat *d. l. si a pluribus*, cum propter præsumtionem annalem, tum etiā, quod illa in aliis terminis loquatur. Nempe, quādo testator plurib. heredibus institutis vnū eorum etiam executorem constituit, eiq; executionem rei litigiosæ in specie iniunxit. Quo casu in optione legatariorum est, velintne a singulis heredibus, an ab vno herede, eodemq; executore legatum petere. Ceterum hic heredes in genere legatis grauati sunt.

Non obstat etiam quod in dolo sit propter conscientiam rei legatæ, & retardatā solutionem, quia de dolo actum non est, & si actum fuisset, non posset tamen condemnatio fieri, cum temporalis sit & post † 18 biennium exspiret, siue adsit, siue absit deceptus. *l. fin. C. de dolo.* sed loco eius competeret actio in factū in id, quatenus locupletior factus est dolosus, vel heres eius, quia perpetuo competit. *l. si accepto. § fin. de dolo.* Imo propter malam administrationē etiā non posset conueniri. *Panor. cons. 26. vol. 4.* A dolo posset excusari, eo quod speciatim executio hu⁹ annui legati 20. fl. Elisabethę demandata sit, & alias † quælibet caussa et 19 iam fatua, excusat a dolo. Cōcludo itaque, vt supra actionem elisam.

Quamuis autem Iudex ex officio propter ineptitudinem libelli, partibus † etiā 20 non præsentibus, possit super nullitatibus pronuntiare. *l. 1. C. vt quæ desunt aduocat. vbi DD. Rom. cons. 69.* tamen propter confessionem & oblationem appellantis super iniquitate, pronuntiandum existimo & sententiam reformandam. An autem expressis verbis arrestum (domus sic) relaxādum dubito, puto tamen id fieri posse, vt sententia certa sit. Expensas compenso, quod actores iam appellati duas sententias conformes pro se habeant. Omnes mecum concluserunt, excepto vno.

Sententia.

In Sachen Matthei vom Gebirg Appellantē Eins wieder Aptissen vnd Conuent deß Klosters S. Clare zu Lie-

benselß Appellaten / anderstheils ist allem Fürbringé nach zu Recht erkannt / daß die beider voriger Instantz Vrtheil zu reformieren seyen / als wir auch hiemit dieselbe reformieren. Nemlich der Gestalt / daß gedachter Appellant / seinem erbieten nach / seinen gebürenden Antheil deß geforderten Legati der 10. fl. Jährlich Leibeygen / Vermöge vnd Innhalt in actis vorbrachten Testaméts jhr der Appellatin entrichten vnd bezahlen sol / dazu auch die Kinder / auff sein deß Appellãten Hauß / wie in actis angezogen / durch Richter Erster Instantz beschehen Arrest / auffzuheben vnnd zu Cassieren seye / als wir denselben auch auffheben vñ Cassiren / die Gerichtskosten allenthalben aufgelauffen / auß bewegenden Vrsachen gegen einander vergliechen / Doch sein g'dachter Appellatin / alle jhre gebürende Forderung vnd Gerechtigkeit zu den vbrigen Theilen obberürts Legats / in andere Wege fürzubringen / vnbenommen / sondern hiermit vorbehalten.

DEC. I. VOTVM II.

In caussa Niclaß Stangen /

Contra

Balthasar Heilln & Consortes.

Materia retrouenditionis.

SVMMARIA.

1 *Pacta in continenti apposita nouam producunt actionem, & nouam rem formant.*

2 *Rebus certa lege traditis, si ei non pareatur, praescriptis verbis agitur.*

3 *Pactum de transcribenda domo, si alteri rursus vendatur, valet.*

4 *Alienare prohibitus extra familiam, potest, non obstante prohibitione, alienare in aliquem, qui sit de familia.*

5 *Alienationis prohibitio in aliquam personam non comprehendit filios inter se.*

6 *Frater potest donare ius suum & spem fratri.*

7 *Alienatio, quae fit per mortem dicitur necessaria, nec venit in prohibitione alienationis.*

8 *Actus ex necessitate factus, non continetur sub lege prohibente actum fieri.*

9 *Conditio & dispositio, si sint in persona vnius & eiusdem, tunc implementum conditionis transit etiam ad heredem.*

10 *Nemo inuitus in communione stare cogitur.*

IN NOMINE Domini, Amen.

CIRCA formalia appellationis nihil desidero. Videndum igitur de actione. Tritum est iuris axioma: *Pacta* † *in continenti apposita nouam producere actionem, & nouam rẽ formare. l. 1. §. quin imo de pact. l. prima de act. emti.* Cum itaque in hoc nostro casu in contractu venditionis pactum de transcribenda domo, si alteri rursum vendatur, appositum sit, & ad eius obseruantiam actores vrgeant, recte dicere possumus, actum praescriptis verbis. Rebus † enim certa lege traditis, si huic non pareatur, praescriptis verbis agitur *l. rebus. C. de rer. permut. l. si cum vxori. de praescrip. verb. vbi de transcriptione l. legem C. de donat. DD. in d. §. quin imo.* Rectius tamen esset concludendum, actum ex contractu informato, & sic ex vendito actum puto, *vt est textus in terminis, in leg. si sterilis. §. si ob fundum. de act. emti. & in leg. qui fundum, de contrah. emt. l. fundi partem. l. Labeo eodem. l. 2. vbi Salyc. C. de pact. int. emt. Schurpf. cons. 5. Centur. 2.*

Quod ad pacti † validitatem attinet, dubium

dubium non est, huiusmodi pactionem valere. *dict. leg. si sterilis. §. sita sub. de act. emti. Bart. in leg. si enim. §. quia insiurandum, vbi hanc quaestionem tractat, si quis cau.* Ideoque hidem pacti seruandam. *leg. 1. de pact. l. 1. Cod. de pact. int. emt. & vend.*

Videndum igitur de probatione. Concludo hanc actionem sufficienter esse probatam. Idque non solum per instrumentum actis insertum, sed etiam reorum vb que confessionem. Excipiunt rei, litigiosae domus venditionem non extraneo, sed filio Barthel Stangen factam, & sic fidem pacti non esse violatam, & transcriptionem siue retrouenditionem non habere locum. Hanc exceptionem releuantem esse puto, eamque probari verbis dicti instrumenti, in quo continetur, venditionem dictae domus litigiosae, cum horreo & pertinentiis Bartholo & suis heredibus factam, cum pacto de retrouendendo, si ille, vel sui heredes, aliis eam vendant, vel in tertium quendam alienent. Quod de extraneo accipiendum est, *vt inf a dicetur*, non de personis familiae. Cum igitur in praesenti alienatio non sit in extraneum facta, sed in filium Bartholi, & sic is demum accceperit emtionis titulo a coheredibus suis, consentaneum erit, transcriptionem necdum locum habere posse, ad instrumentum gezogen. Imo tametsi in venditionis lege heredum mentio nulla, sed singulariter Bartholo venditio domus facta fuisset, cum pacto, ne alteri vendat: tamen putarem, illam alienationis prohibitionem emtorem ita ligare non posse, vt ad heredem domum transferre non possit.

Idque ex his rationibus. I. Quia alie-4 nare prohibitus extra † familiam, potest non obstante prohibitione alienare in aliquem, qui sit de familia. *l pater filium. § quindecim. de leg 3 l. voluntas, Cod. de fideic. Decius consil 412. volum. 3. Bald. in terminis. consi. 377. volum. 3.* vbi ait, quod 5 prohibitio † alienationis in aliquam personam non comprehendat filios inter se. 6 *dict. leg. voluntas* Et ideo frater † potest donare ius suum & spem fratri. *leg. penult. Cod. de donat. Bal. consil. 498. volum. 1. cons. 141. volum. 2.* Quia † alienatio, quae fit 7 per mortem, dicitur necessaria, nec venit in prohibitione alienationis. *l. ex hoc edicto. §. ait praetor. de alienat. iud. mut. caussa. l. fin. Cod. de litigios. leg. 1. C. de fund. dotal. Alex. consil. 55. volum. 3.* Ratio est, quia sic prohibitus non potest semper & omni tempore viuere. Igitur oportet, vt quandoque habeat heredem. *Bart in leg. ita quis, §. 7. de verborum obligat. fac. l. pater. §. fundum de leg. 3. l. filiusfam. § diui. leg. qui solidum, de leg. 2.* III. Quia huc pertinet regula: Quod † actus ex necessitate factus non contineatur sub lege prohibente actum fieri. *l. 1. de excus. tut. Rom. consil. 219. consi. 457 l. alienationem. famil. ercisc.* IV. Quando conditio † & dispositio sunt in persona vnius & eiusdem, tunc implementum conditionis transit etiam ad heredem *l. idem. §. 1. de arbit. leg. quamuis eodem Salyc. in leg. 2. C. de pact. int. emt.* Quibus accedit, quod defuncti iam parente, tutores hereditatem Bartoli diuidere volebant ad instantiam appellati, eo quod nemo † inuitus in communione stare cogatur. *l. fin Cod com. diuid.* Et vt semel dicam, casus noster adeo est clarus, vt opus non habeat maiori deductione. Nam, quod ad alias exceptiones attinet, nempe, quod ius retrouendendi, venditione horrei, & hypothecatione domus ceciderit & exspirauerit. Praeterea, an denuntiatio citationis facta, & an rite facta sit, an pro forma substantiali habenda, necne, crediderim ea ad caussam nihil facere, ea sola ratione, quod actio intentata actoribus nulla ratione competierit, per praedictatum etiam, quod horreum cum area in iudicium deducta non sint per rationem. *l. de quaest. de iud.* Puto ergo pronuntiandum, bene appellatum, male iudicatum. & quod rei ab instituta actione sint absoluendi. Quo ad impensas, quia in hac instantia nihil noui allegatum, patet deductum, & manifesta appareat calumnia propter instrumentum venditionis ab ipsis actoribus productum: Concludo in expensas actores huius instantiae condemnandos, per ea, quae late tradit Panorm. *in cap. finem litibus, de dol. & contumacia. Guid. decis. 137. Salyc. in l. naturaliter. C. de reb. cred.*

AA 3

DEC. I. VOTVM III.

In caussa etlicher Klöster vnd Stiffter zu Königstat.

Contra

Zachariam Wirdt & Consortes.

Materia depositionis & denuntiationis.

SVMMARIA.

1. *Vnius rei nomine a pluribus & diuersis sæpe exigi & interpellari contra bonam fidem est.*
2. *Depositio legitimo tempore & loco facta, ab omni vexatione ipso iure liberat.*
3. *Amissio instrumenti, probato per creditorem debito, non potest impedire solutionem, sed debitor per iudicem ad soluendum compelli potest, & sufficit eo casu, iuramento interposito instrumentum quietationis conscribere, & num. 4.*
5. *Nomen inuito debitore vendi & cedi potest.*
6. *Syngraphum suum debitor de iure condicere, vel etiam vindicare potest.*
7. *Paria sunt nihil allegare, vel allegatum non probare.*
8. *Alienatio sine iuris solemnitate facta ipso iure non valet.*

IN NOMINE Domini, Amen.

QVIA instrumentum venditi reditus alienatum est, & a tertio quodam, sæpe Iudæo possidetur, qui sibi redditum eo nomine persolui vult, heredib. primis contradicentibus, emptorem & alienatorem impugnantibus, & instrumentum venditionis vindicantibus, ideo collegia iudicialiter deponunt sortem cum annua pensione, & vtrique parti denuntiant depositionem, vt quisque ius suum iudicialiter deducat: & demum sors ipsa cum vsuris alterutri parti per sententiam adiudicatur, restituto actoribus obligatione & instrumento.

Quod ad hanc depositionem, & denuntiationem attinet, dubium non est, quin in cautelam, prudenterque facta sit, I. Ne vnius rei nomine a pluribus & diuersis sæpe exigantur † & interpellentur contra bonam fidem. *l. bona fides, de reg. iur.* II. Quia per † depositionem legitimo tempore & loco factam, ab omni vexatione ipso iure liberati sunt. *l. obsignatione. ibi gl. Cod de solut. l. acceptum. C. de vsuris.* Cum † autem amissio instrumenti, probato per creditorem debito, non debet impedire solutionem, sed debitor per iudicem ad soluendum compelli potest. *leg. 1. vbi Bar. leg. sicut statim. Cod. de fide instrum.* Cum sufficiat † eo casu iuramento interposito instrumentum quietationis conscribere. *l huiusmodi. §. si ita. de leg. 1. Bal. in leg. dissoluta. Cod. de condic. ex lege.* In præsenti tamen casu longe aliud est, vbi non amisso instrumento obligationis, sed alienato, & penes alium existente, debitor eiusdem rei nomine sæpius contra bonam fidem molestari posset. *dict. leg. bona fides.* Potest enim nomen † inuito debitore vendi & cedi. *l. 1. vbi glos. Cod. de nouat. leg. nominis. Cod. de hered. vend. leg. nomine eodem*, vt & donari & obligari. *leg. 2. Cod. de donat. l. nendum, quæ res pign. dar poss.* At ipsi scire non possunt, an licite alienationis instrumentum factum, an vero a domino Iudæis venditum. Securiorem igitur viam ingressi depositione & denuntiatione, omni molestia & vexatione se liberarunt, & in aduersarios onus probationis super alienatione facta reiecerunt. Quod autem ante numerationem pecuniæ velint sibi die Haupt Verschreibung restitui, illud quoque considerate factum est. Nam eo nomine depositio facta est. Et alias de iure debitor Syngraphum † suum condicere, vel etiam vindicare potest *l. 1 Cod de solut. l. dissoluta. C. de condic. ex lege. l. fin. Cod. ad exhib.* & alterius liberationis instrumentũ petere, vt eo facilior sit liberationis probatio, argumẽto *l si pupillo, vbi Bar. de nouat. l plures apochis. C. de fide instrum.* Quoniam vero collegia permittunt, vt alterutri parti pecunia annumeretur: Videndum quoq; de iure citatorum, & potioribus probationibus eorundem.

Et primo quoad Zachariam Wird / & consortes, puto ipsos habere actionem & ius probatum. Nam extra controuersiam est, Stephanum Oßwaldt primum huius reditus emtorem fuisse. Elizabetham vero cum duabus sororibus filias & heredes reliquisse, quibus etiã & eorum maritis post obitum parentis semper a collegiis vsque ad annum 57. solutio facta, vt ipsæmet fatentur.

tentur. Quia igitur parens emtor, & hoc probatum sit, merito filiæ Iudæis præferendæ sunt.

Quod ad Iudæos attinet, nihil video allegatum, quod possit intentionem Oßwaldt elidere. Nihil enim releuat, quod vnus Iudæorum dicit, Es habe Weylandt Stephan Oßwaldts nachgelassen Erben / etc. Hoc enim comprobauit, quod heres Oßwaldt literas obligationis vendiderit. Neq; se probaturum obtulit, sed simpliciter id allegando sine oblatione, si quid facti conclusit. Et proinde in effectu nihil pro sua intentione fundanda deduxit, 7 nam paria † sunt, nihil allegare, vel allegatum non probare *c. dudum. §. 1. ex. ra de de. e.m. Spec. tit. de in. erreg. act. §. n. 3.*

Dato etiam, quod eius probationem obtulisset, nihil releuaret, cum præsumtionem iuris contra se habeant, eo quod ex Vrkundt constet contrarium, nempe literas obligationis, non ab ipsis heredibus Stephani Oßwald alienatas, quæ quidem 8 alienatio, cum † sine iuris solemnitate facta sit, ipso iure non valet, *tit. de rebus eorum, qui sub. tur. sunt.* Præterea cum dicitur se ab herede Oßwaldt habere obligationem, cur eam non nominat? Certum est enim dictum Stephanum tres tantum filias heredes reliquisse, & Christianum Oßwaldt eorum fuisse tutorem, non autem heredem.

Accedit quod contra vsurarium per coiecturas etiam sufficienter probetur. *Ang. in leg. sed et si quis §. fin. si quis caut.* Quia i-9 gitur per Iudæum nihil probatum est, ad elidendum ius filiorum, concludo pecuniam depositam heredibus Stephani Oßwaldt sub sufficienti cautione indemnitatis, & debita quittatione adnumerandum esse *l. is a quo. de rei vindicat.* saluo tamen ipsi Iudæo iure suo contra heredes, si quod habere prætendit.

Sententia.

IN der Denűtiation Sachen / etc. ist allem Fürbringen nach zu Recht erkant / dz gedachter Zacharias Wirdt & Consorte in actis benant / die 500. gulden von den Stifften vnnd Klöstern zu Königsstat gerichtlich hinderlegt / fürgewëdter Einrede vnverhindert / auff gebürliche Caution vnnd Quittung gefolget sollen werden / doch gedachtem Jüden sonst in andere gebürliche Wege sein Anforderung / so er einiges Wegs zuhabë vermeint / hiemit vnbenommen / sonder vorbehalten / Expensis compensatis.

DEC. I. VOTVM IV.

In caussa, Vrsulæ Lublerin.

Contra.

Conrad von Grimmenfeldt & consortes.

Materia de prohibitione alienationis, eiusque effectu.

SVMMARIA.

1 *Ad alienationem contra testatoris prohibitionem a matre factam reuocandam, quæ actio competat.*

2 *Res restitutioni subiecta si alienatur per legatarium vel fideicommissarium vindicari potest.*

3 *Prohibitio expressa si fiat cũ caussa, veluti contemplatione familiæ vel certæ personæ, inducit fideicommissum contra n. 6.*

4 *Herede grauato domum alienatã a testatore prohibitam, alienante, proximior de familia censetur ad fideicõmissum vocatus.*

5 *Verba enunciatiua important fideicommissum.*

7 *Prohibitio testatoris expressa, ne alienetur res legata, reddit alienationẽ ipso iure nullã. n. 7. etiamsi prætextu ignorantiæ alienatio facta dicatur num. 12. & dominii impedit translationem.*

8 *Dominium in vltimis voluntatibus sine traditione recta via transfertur a tempore aditæ hereditatis.*

9 *Prohibitio alienationis in vltimis voluntate facta, impedit dominii translationem.*

10 *Prohibitione testatoris ne alienetur facta, is, in cuius fauorem facta est, potest propria auctoritate rem apprehendere.*

11 *Alienatio facta purificato fideicommisso, resoluitur & fingitur non nulla esse: Secus conditione fideicommissi pendente.*

13 *Refutatio domino facta sine consensu agnatorum valet, quamdiu viuit ipse, qui refutauit.*

14 *Refutatoris iure soluto, resoluitur quoque ius acceptatoris.*

15 *Alienatio pendente conditione contra prohibitionem expressam testatoris facta non valet.*

16 *Res restitutioni subiecta habet naturam vsusfr. & vsusfructuarius vsusfr. dominus est.*

17 *Prohibitus alienare, sicut non potest immediate alienare, ita neque aliam aliquem facere, per quem sequeretur alienatio.*

18 *Alienatio contra prohibitionem testatoris facta est ipso iure nulla nu. 13.*

IN NOMINE Domini. Amen.

NVLLITATES, de quibus in grauaminibus fit mentio, tum propter ordinem, quia merita caussæ nō concernunt, tum loci consuetudinem, non attendo.

Videndum igitur de iniquitate.

1 Actum † puto rei vindicatione ex caussa testamenti, ad reuocandam alienationē a 2 matre actricis factam, Res enim † restitutioni subiecta, si alienatur per legatarium, vel fideicommissarium, vindicari potest. *l. fin § sin autem auaritia. C. commun. de leg. vbi gl. Bar. in leg. peto §. fratre in pr. de leg. 2. Dec. cons 557. vol. 3.* Et hanc actionem ipsamet actrix exprimit, nempe in exceptionibus contra personas, & dicta testiū. Fuisse autem matrem fideicommisso grauatam, dubium non est. Idque potissimum propter expressam testantis prohibitionē 3 de non alienando. Quæ quidem expressa † prohibitio, si fiat cum caussa (veluti contemplatione familiæ, vel certæ personæ, vt hoc casu) proculdubio inducit fideicommissum. *l. pater filium §. filiam. de leg. 3. vbi Bar. d. l. peto §. fratre. de leg.*

4 Secundo si heres † grauatus domum alienat, proximior de familia censetur ad fideicommissum vocatus. *leg. cum ita §. in fideicommisso. d. tit. Dec cons. 557. vol. 3. &* 5 *cons. 15.* vbi dicit, quod etiam † verba enuntiatiua important fideicommissum. *per leg. fideicommissa. §. hac verba rogo te. de* 6 *leg. 3.* Secus † esset, si prohibitio testatoris sine certa caussa, nec respectu certæ personæ fieret, quo casu non inducit fideicommissum, & consequenter alienationem & dominii translationem non impedit. *leg. filiusfam. § Diui. vbi Ias. 2. lect. de leg. 1. Dec. cons 218 vol. 2.*

Concludo ergo, actum rei vindicatione, non autem actione ex testamento, quæ est personalis. Fideicommissum probatum puto ex solo testamento solemniter confecto (tametsi inter liberos) & in vtroque foro cuilibet Ecclesiastico confirmato, vt ex actis primæ instantiæ, & depositionibus. 9. 10. 12. Item recognitione sigillorum abundanter videre est. Nam in ea de manifesta testatoris voluntate, alienationem legati reditus in fauorem actricis prohibentis, constat. Quæ quidem expressa testatoris † prohibitio adeo est efficax, vt 7 reddat alienationem ipso iure nullam, & dominii impediat translationem. *glos. in leg. cum pater §. libertis. de leg. 2. dict. leg. fin § sin autem auaritia. Schurff. cons. 49. centur. 2 Dec cons. 236. volum. 2.* Quemadmodum enim in vltimis † voluntatibus, 8 dominium sine traditione recta via transfertur a tempore aditæ hereditatis. *leg. a Titio ff. de furt. leg. cum heres, de acquir poss.* Simili modo † per prohibitionem 9 alienationis in vltima voluntate factam impeditur dominii translatio *Ias. in dicto §. diui.* In † contractibus secus est. Nam 10 prohibitio alienationis non impedit dominii translationem, sed conueniens incidit in pœnam conuentam, vel tenetur ad interesse. Ratio, quia promittendo non alienare, factum promittit: modo si contra faciat, succedit obligatio ad interesse, *per reg. leg. stipul. non diuid. de verb. obl. vbi Zas. ita Ias. in d. l. filiusfam. §. diui en nu. 104. 113. in 2. lect. quem vide.* Quinimo in in prohibitione testatoris, is in cuius fauorem huiusmodi prohibitio † facta est, po- 11 test propria auctoritate rem apprehendere. *glos. in §. de cetero. Auth. vt cum Electorum. Ias. in d. §. diui.* Et † tantæ est effi- 12 caciæ expressa testatoris prohibitio, vt etiā non valeat alienatio, prætextu ignorantiæ facta. *Ias. in dict. §. diui.* tametsi gl. *in dict. Auth.* dicat contrarium, quam ego tamen in tacita prohibitione intelligo.

Quanto magis non valebit alienatio, si sciuit emptor testatoris prohibitionem, etiam hoc casu, vbi emptor fuit admonitus, & copiam testamenti habuit.

Concludo ergo ius actricis probatum & alienationem ipso iure esse nullam. Adde Guid. *decis.* 611. Rei fatentur alienationem, sed allegant Caspar vom Grittmenseldt, eorum patrem, & tecerum, litigio-

litigiosum reditum emisse & soluisse a matre actricis, quæ ius vendendi habuit ex cõsuetudine eius loci.

Sed non obstat hæc exceptio, etsi probata esset solutio, vt non est. Et dato, solutionem probatam esse, tamẽ alienatio ipso iure non valeret, *per sup. adducta.*

Similiter non obstat, quod de possessione diutina, & perceptione fructuum, item iudiciali taxatione excipitur. Nam quod ad possessionem attinet, iuris est, quod † pendente conditione fideicommissi bona quidem alienare possint. Ceterum purificato fideicommisso alienatio facta resoluitur & fingitur retro nullam esse factam. *d. l. fin. §. sin autem auarsia. Dec. cons. 386. 516. in pr. vol. 3. cons. 236. vol. 2.* Quia nemo plus iuris, &c. Quemadmodum † in simili refutatio feudi domino facta, sine consensu agnatorum, valet, quandiu viuit ipse, qui refutauit, sed soluto iure refutatoris, resoluitur † quoque ius acceptatoris. *Bald. in c. 1. de alienat. feud. pat. Affl. in c. 1. §. hoc quoq. Isern. de success. feud.* Dixi in voto Haller contra Brandenburg. Ex quorundam etiam sententia alienatio, pendente † conditione contra prohibitionem expressam testatoris facta non valet, *Guid. decis. 611.* Sed communis opinio est in contrarium. Quia res restitutioni subiecta habet naturam † vsusfructus, & fructuarius vsusfructus dominus est, vnde etiã ei competit rei vindicatio. *Bal. ad rubr. C. de vsufr. Soc. cons. 1 vol. 4.* Nihil quoque præiudicat actrici iudicialis traditio. Quia prohibitus † alienare, sicut non potest immediate alienare, ita neque actum aliquem facere, per quem valeret alienatio, *gl. in leg. 1. em quia. de pact. & in l. Codicillis §. matri. vbi Bar. de leg. 2.* Concludo, actionem elisam non esse. Pronunciandum itaq; bene iudicatum, male appellatum, cum refusione expensarum. Et quia fructuum in toto processu, vel mentio, vel petitio facta est, ideo eos quoque silentio prætereo, præsertim ne bis cum non constet, vtrum fructus litigiosi reditus sint quoque sequestrati.

Sententia.

In Sachen / ꝛc. ist allem Fürbringẽ nach zu Recht erkant / daß durch Richter voriger Instantz wol geurtheilt / vbel dauon Appellirt / vnd daß gedachter Appellant jhr der Appellatin die Gerichtskosten allenthalbẽ auffgelauffẽ sampt Schaden vnnd Interesse / von Zeit erster angefãgener Rechtfertigung / auß rechtlicher Ermässigung zu entrichten vnnd zubezahlen schuldig seye.

DEC. I. VOTVM V.

In caussa, Friderich von der Lipp.

Contra.

Manilium von der Hüde.

Materia pacti de retrouendendo.

SVMMARIA.

1. *Ex pacto de retrouendendo quæ actiones oriantur, siue in continenti actiones contractui adiiciantur siue ex interuallo.*
2. *Ex pacto de retrouendendo oritur personalis actio ex vendito, vel præscriptis verbis.*
3. *Actio personalis non datur contra singularem successorem.*
4. *Filius hæres sui patris, non potest eius factum impugnare.*
5. *De euictione quem tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

IN NOMINE Domini. Amen.

ACTVM ex pacto de retrouendendo, ex quo duæ oriuntur actiones, nempe actio emti informata, & actio præscriptis verbis, *leg. 2. C. de pact. inter emt.* Et hæc absque dubio † verum est, quando in continenti huiusmodi pactiones contractibus adiciũtur *d. l. 2.* Quod si ex interuallo, putarem magis ex stipulatione competere actionem

si solemniter huiusmodi pacta inita sunt. Vtra harum competet in præsenti parum refert.

Constat ex instrumento transscriptionis siue redemtionis Christophorum von der Eisenschmidt fratri suo Valentino ius transscribendi & redimendi litigiosum locum iudicialiter dedisse, Anno 1481. Similiter constat ex alio documento hoc ius retrouendendi a Casparo von der Eisenschmidt filio Christophori postea cessum, & venditum Manilio von der Hüde Anno 1537. Ex quibus apparet, actionem probatam. Si hoc pactum retrouenditionis inhæret in rem, & rem ipsam afficeret, casus iste maiorem haberet dubitationem. Ceterum, quia contra Cast. opin. *in l. si cum venderet. num. 5. de pig. act. quem sequitur Hieron. Schurpf. glos. 40. cent. 2.* communiter ab aliis Doctoribus concluditur, ex tali pacto

2 oriri tantum personalem † actionem ex vendito vel præscriptis verbis. *Alex. cons. 13. vol. 1. Curt. senior. cons. 12. Ias. in l. ab emtione de pact. Zas. cons. 12. vol. 1.* consentaneum, aduersus reum nullam actori actionem competiisse, vel etiamnum competere.

3 Actio enim personalis † non datur contra singularem successorem. *l. fin. §. fin. de contrah. emt. l. 1. §. si heres. ad Trebell.* Et licet in præsenti competiisset actori aliqua actio, ea tantum vel vnica exceptione elisa esse videtur, quod Casparus, vt patris sui heres,

4 factum † eius impugnare non potuit, & sic in præiudicium primi emtoris quicquam cedere vel in alium transferre. *l. cum a iure. C. de rescind. vend. vbi gl.* Præterea etsi realis actio hic locum haberet, non posset tamen actor quicquam ab ipso reo, eiusve successore vindicare. Nam auctor actoris, scilicet Caspar von der Eisenschmidt / ratam habuit eiusmodi venditionem, imo vnus ex venditoribus fuit, prout ex literis sigillatis actorum fol. 18. videre est. Cum igitur actor in ius sui auctoris successerit, & ipse auctor non possit vindicare, succedit regula:

5 *Quē † de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. l. si vindicationem. de euict. l. 1. C. de reb. alien. non alienand.*

Concludo actionem non competiisse, aut si competierit elisam esse, & conueniendos heredes Caspari ad interesse, per ea, quæ pulcre tradit Guid. Pap. *dec. 568. per totum.* Pronuntiandum itaque bene iudicatum, male appellatum, cum refusione expensarum. Et quoniam duplex appellatio ex parte appellati, quoad compensationem expensarum, putarem distinguendum esse, & duplicem sententiam ferendam. Nam in appellatione, in compensatione expensarum datus est libellus, lis desuper contestata. Igitur desuper pronuntiandum principaliter, nō autem sententiam priorum Iudicum, quoad expensas reformandam.

Pronuntiatum fuit vna sententia.

In Sachen Weylandt Friederich jetzo Herman von der Lipp / desselben Son Appellanten / an einem / gegen vnd wider Weyland Manilium von der Hüde / jetzund desselben Erben in actis benent / Appellaten anderstheils / ist allem fürbringen nach zu Recht erkant / daß die Vrtheil in voriger Instantz zu reformierē seyē / als wir dieselbige auch hiemit reformieren / der Gestalt / daß in der Hauptsachen wol geurtheilt / vbel davon appelliert / vber die Expens belangend / vbel geurtheilt / wol davon Appelliert / vnd daß bemelter Appellant jhnen den Appellaten dieselben / deß gleichen auch die Gerichtskostē / an diesem Keyß. Kammergericht auffgelauffē / nach Rechtlicher Ermässigung zuentrichten vnnd zubezalen schuldig seye / als wir jhnen auch hiermit darzu condemniren.

DEC.

DEC. I. VOTVM VI.

In caussa Rudolff Kramer,

Contra

Agnetem Wolhaberin.

Materia pacti de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Ex pacto de retrouendendo datur actio ex empto vendito, vel praescriptis verbis.*
2 *Actio personalis non datur contra singularem successorem & nu. 9.*
3 *Vtilis rei vindicatio ex pacto de retrouendendo competit contra tertium possessorem.*
4 *Solutione & consignatione pretii resoluitur ipso iure contractus.*
5 *Res adfecta non potest transferri nisi cum suo onere. & num. 11.*
6 *Ex pacto de retro vendendo non competit actio realis, sed tantum personalis.*
7 *Contra num. 1. & 2.*
8 *Nemo rem suam condicit, nisi a fure.*
10 *In pacto legis commissoriae & addictionis in diem dominium transfertur retro in venditorem ipso iure absque noua traditione, si ad praestitutum diem pretium non soluatur, vel melior conditio intra praefixum tempus offeratur.*
12 *Res restitutioni subiecta ex vltima voluntate, non possunt interim effectualiter, & irreuocabiliter alienari.*

IN NOMINE Domini. Amen.

I N genere actionis totius consistit caussae decisio. Agitur autem contra appellantes ex pacto de retrouendendo, inito cum Casparo Apffelreiß, qui cōtra pacti fidem appellantibus bona vendidit. In eo nunc consistit dubitatio, An rite actum sit cōtra possidentes? Si dicamus, ex dicto pacto de retrouendendo, actionem tantum personalem oriri, Ex empto † scilicet vel praescriptis verbis. *iuxta l. 2. C. de pactis int. empt.* consentaneum, frustra cum appellantibus actum esse, qui cum actoribus non contraxerant. Et noti iuris est, actionem † personalem non dari contra singularem successorem, vel contra eū, qui nō contraxit. *l. fin. de contrah. empt. l. 1. §. heres. ad Trebell.* Videndum igitur, an res vendita ratione dicti pacti affecta sit, ita vt contra quemcunque possessorem competat aliqua realis actio, qua res transeat cum suo onere? Et in ea sententia est Castr. *in l. si cum venderet, de pign. act.* vbi concludit, vtilem † rei vindicationem ex hoc pact contra tertium competere possessorem, per illum text. *l. voluntate, §. creditor. quib. mod pig. sol.* Imo dominium virtute huius pacti ex sola oblatione pretii absque noua traditione in primum venditorem transferri. Id quod in pacto. l. commissoriae & addictionis in diem sine controuersia receptum est, *vt infr. dicetur*

Quamuis igitur primus emtor alteri iterum vendat contra fidem pacti, hoc non nocebit primo venditori, qui ius retrouendendi sibi reseruauit, quia † solutione & consignatione pretii resoluitur ipso iure contractus, & competit vtilis rei vindicatio contra singularem successorem, qui solutionem recipere noluit. Ex quo res nō potuit † transferri, nisi cum suo onere Hanc Castr. sententiam sequitur Socin. *cons. 80. volum. 3. Schurpf. cons. 40. cent. 2. cons. 20. cent. 1. Couar. var. resol. lib. 3. cap. 8. Chas. cons. 33. Tiraquell. tract. de retro contr. §. 1. gl. 7. num. 6.*

Contrariam opinionem, quod ex † pacto de retrouendendo non actio realis, sed tantum personalis competat, tenent Alex. *cons. 10. vol. 1. Chassan. sibi contrarius, tit. des autres vendens §. 1. num. 3. Curt. sen. cons. 12. Zas. cons. 12. vol. 1. Castr. sibi contrarius in leg. si a te. C. de pact. int. emt. Ias. in leg. ab emtione. de pact. & alii. vide Tiraquell. vt supr.* vbi distinguit: An pactum interponatur verbis directis, an vero obliquis. Priori casu putat, dominium ipso iure transferri retro, posteriori vero non. Hanc distinct. tenet Didac. Couarr. *vbi seq.* Praedicti autem D.D. concludunt † ex pacto de retrouendendo, nullum ius reale, nullumve ius in re, sed tantummodo obligationem personalem oriri ex empto vel praescriptis verbis, *d. l. 2.* Idque optimis rationibus ostensum, *Curt. senior d. cons. 12. Alex. dict. cons. 10 Zas. d. cons. 12.* Et hanc opinionem, tanquam magis communem sequor.

Si igitur actio personalis tantum ex hoc pacto oritur, necessario sequitur, dominiū

in venditorem, oblato pretio, non retro transire, sine noua traditione; quia nemo 8 condicit † rem suam, nisi a fure, § *sic itaque de act.* Et rem a tertio possessore vindicari 9 non posse, cum personalis † actio non detur contra singularem successorem. *d. l. fin. § fin.* secus tamen est in pacto l. commissoriæ & addictionis in diem, in quibus sine 10 controuersia dominium † transfertur retro in venditorem ipso iure, absque noua traditione, si ad præstitutum diem pretium non soluatur, vt in pacto l. commissoriæ; vel melior conditio intra præfixum tempus offeratur, vt in pacto addictionis in diem. *leg. si quis hoc vbi glos. de rei vindicat. leg. fin. leg. commissoria, vbi glos. Cod. de pact. inter emt. DD vt supr. præsertim. Curt. Zasius. Tiraquellus.* Vnde si intra præfixum tempus alienaretur, competeret prima venditori contra quemcunque possessorem rei vindicatio. Quia illis casibus res 11 affecta est, ideoque transit † cum suo onere. *dict. leg. si quis, dict. leg. fin.* Quoniam autem nos hic non versamur in illis terminis, sed in pacto de retrouendendo, ex quo non oritur actio realis, sed tantum personalis, concludo actum sine actione, Actorem non potuisse agere actione personali, contra tertium possessorem, cum quo non contraxit. Pronuntiandum itaque in duabus primis instantiis, male iudicatum, bene appellatum, expensis tamen propter opinionem compensatis. Rectius autem fecissent actores, si primum emtorem, nempe Caspar Apffel eiusue heredes actione personali propter violatam pactionem, ad interesse conuenissent. Nam licet in contractibus ob prohibitionem non impediatur alienatio, quoad translationem dominii, impeditur tamen quantum ad hoc, vt si contra fiat, committatur obligatio ad interesse, vel ad pœnam, si quæ adiecta fuit. *Gail. decis. 569.* Tametsi secus sit in rebus restitutioni subiectis ex vltima voluntate, quia non † possint interim effectualiter & irreuo- 12 cabiliter alienari. *leg. fin. § sed quia nostra. Cod. com. de leg. cum auth. res quæ. Tiraquel. in dict. § . glossam leg. ea lege. Cod. de cond. ob caussam.*

DEC. I. VOTVM VII.

In caussa cuiusdam Episcopi.

Contra.

H. D. Fiscaln zu M.

Materia priuilegiorum.

SVMMARIA.

1 *Priuilegium posterius alicui concessum, an deroget priuilegio prius alteri dato, per totam decisionem.*

2 *Priuilegium primum habens clausulam derogatiuam omnium priuilegiorum præsentium & futurorum, non tollitur per secundum priuilegium, nisi clausula derogatiua Imperator in secundo specialem mentionem faciat & num. 2.*

3 *Priuilegia & principum beneficia strictissime sunt accipienda, quoties de præiudicio tertii agitur.*

4 *Imperator dando priuilegium non videtur lædere velle ius tertii.*

5 *Princeps qui libet etiam summus, non recognoscens superiorem tenetur seruare pacta & contractus suorum prædecessorum legitime celebratos.*

6 *Clausula derogatoria quando specialis mentio fieri debeat in priuilegiis.*

7 *Priuilegium speciale derogat generali, etiamsi sit clausum in corpore iuris.*

8 *Generi per speciem derogatur.*

9 *Priuilegium speciale contra primum generale valet, etiam nulla facta primi mentione, siue illud contineat ius commune, siue aliquid vltra.*

10 *Quod verum etiamsi speciale priuilegium non absorbeat generale in totum sed et aliqualiter detrahat.*

11 *Verba* vnd sonderlich *in priuilegiis habent vim clausulæ derogatiuæ.*

12 *Clausula ex certa scientia & de plenitudine potestatis, habet vim derogatoriam ad omnem legem contrariam & habentem clausulam derogatoriam.*

13 *Idem in clausula de plenitudine potestatis.*

14 *Princeps summus si quid facit de plenitudine potestatis, nemo dicere potest cur ita facis?*

15 *Plenitudo potestatis est arbitrii plenitudo, nulli necessitati subiecta nullisque regulis iuris limitata.*

16 *Clau-*

16 *Clausula motu proprio vis.*
17 *Priuilegia Principis cōcessa seruanda sunt ad vnguem, vt sonant: Secus si ad partis instantiam essent obtenta.*
18 *Clausularum coniunctarum maior est effectus, quam singularium.*
19 *Declarans nihil noui dat, sed datum confirmat.*
20 *Princeps sibi legem potest imponere a qua non liceat ei recedere, si velit.*
21 *De Principis potestate quærere, sacrilegii instar est.*
22 *Beneficia principum stricte interpretanda sunt, quoties ius tertiis læderent, largissime vero, si Principis ius concedentis ius lædant.*
23 *Successor potest derogare priuilegio antecessoris.*
24 *Priuilegio dato a statibus Imperii Imperator derogare non potest.*
25 *Iudex debet considerare mentem Imperatoris.*
26 *Sacrilegium est de Maiestate Imperatoris disputare.*

IN NOMINE Domini. Amen.

ACTVM puto cōdictione ex noua lege seu priuilegio Caroli V. Imperator. *iuxta l. 1. § fin. vbi DD. de constitut. princ. fac. l. 1. eodem.* Hanc actionem probatam concludo tam confessione ipsius fiscalis ad 1. 3. 4. &c. positionales, quam copiis collatorum priuilegiorū in Camera iudicialiter exhibitis. Duabus præcipue exceptionibus fiscalis nititur impugnare priuilegium Episcopi F.

1. Multo antiquius se habere priuilegium concessum a Friderico Imperat. Anno 1471. Idque cum clausula derogatoria omnium priuilegiorum futurorum & præsentium.

2. Exceptio, quod priuilegium secundum in præiudicium tertii non valeat, sed hoc priuilegium Episcopi vergit in præiudicium totius Iudicii M. Ergo, &c.

Quod ad primam exceptionem attinet, 1 Iuris est, per priuilegium † primum habēs clausulam derogatiuam omnium priuilegiorum, præsentium & futurorum, non 2 collatorū per secundum priuilegium, nisi † clausulæ derogatiuæ Imperator in secundo specialem mentionem faciat, *ca. ceterum de rescript. Cast. consi. 358. volum. 1. c. nonnulli, vbi Felin. ca. veniens. de rescript.* Sed hoc hic factum non est, Ergo primum priuilegium in suo robore firmum permanere debet.

2. Quoad secundam exceptionem, noti quoque iuris est, priuilegia † & principū 3 beneficia strictissime accipienda, quoties de præiudicio tertii agitur. *l. fin. vbi Iaso. de consi. princip.* Nam Imperator dando † pri- 4 uilegium non videtur lædere velle ius tertii. *notatur in l. 2. § merito § si quis a princip. Ne quid in loc. publ. Alex. consi. 115. volu. 2. Alb. in l. quoties, C. de precib. Imperat. offer. vbi Iaso. Bolog. consil. 6. Dec. consil. 286.* Quo pertinet, quod quilibet etiam summus † 5 princeps non recognoscens superiorem, tenetur seruare pacta & cōtractus suorum prædecessorum legitime celebratos. *cap. 1. de natu. feud. DD. in l. digna vox. Cod. de leg. Bologn. consi. 6. Iaso in l. 1. de pact.* Cum ergo priuilegium lædat in vniuersum iurisdictionem, ita accipiendum est, vt non tollat primum habens clausulam derogatiuam, cuius clausulæ expressa mentio in secundo priuilegio facta non est.

Sed præcedentibus exceptionibus non obstantibus puto primum priuilegium secundo F. derogatum esse.

Non obstat † prima exceptio, quod spe- 6 cialis clausulæ derogatoriæ expressa mentio fieri debeat, quia illud negatur verum, potissimum, quando primum generale, & secūdum generale: Secus si primum generale & secundum speciale. Quo casu derogatur primo. *c. 1. de rescript. vbi gl. & Panor. c. dudum. & c. quamuis, de precib. in 6.* Speciale † enim priuilegium derogat generali, 7 etiamsi sit clausum in corpore iuris. *d. cap. 1. de rescript.* Generi † enim per speciem de- 8 rogatur, quæ regula etiam in priuilegiis obtinet. *Panorm. in d. c. 1.* Quod adeo † ve- 9 rum est, vt sc. priuilegium speciale contra primum generale valeat, etiam nulla facta primi mentione, siue illud contineat ius commune, siue aliquid vltra *Felin. in d. ca. 1.* Et hoc † maxime procedit, si speciale pri- 10 uilegium non absorbeat generale in totū, sed ei aliqualiter detrahat. *Felin. in d. cap. 1.* Quo casu etiam non opus est primi mentionem facere. At in præsenti constat priuilegium M. generale esse ad omnes bannitos: F. vero speciale ad subditos tantū Episcopi se extendens, & sic non in totum derogare, nec in omnibus caussis, sed tantū quoad subditos, & in caussis banni. Quibus accedat specialis & expressa mentio † pri- 11 uilegii M. ponderando verba vnd sonderlicher Hofrichter zu M. quæ habēt vim clausulæ derogatiuæ generalis, licet non fiat de ea mentio. *Alex. consi. 187. volum. 5.* Et dato, quod nullam habeat clausulam derogatoriam expressam, habet tamē alias æquipollentes, id quod satis est ad tollendum primum priuilegium, *Nempe clausulā motu proprio, ex certa sententia, & de plenitudine*

12 *potestatis*. Clausula † enim ex certa scientia & de plenitudine potestatis habet vim derogatoriæ. *l. fi. C. si contra ius vel vti. pub. Dec. consi. 309. consi. 373. Bald. in ca. cum supra. de causs. propriet. & poss. Ias. in l. rescripta. Cod. de precibus Imp. off. Bald. in proœmio feud. & in c. Eccl. S. Mariæ. vt lite pend.* Similiter clau-
13 sula de plenitudine potestatis habet † vim clausulæ derogatoriæ ad omnem legē contrariā & habentem clausulam derogatoriā. *Feli. in d. c. nonnullo. de rescrip. Dec. consi. 390.*
14 *consi. 371. consi. 598.* Nam quoties † summus princeps facit aliquid de plenitudine potestatis, nullus dicere potest, cur ita facis? quia apud talem principem stat pro ratione voluntas. *Bolog. consi. 6. Ias. in d. l. fin. de constitu. princ. & in l. rescripta. C. de precibus Imperat.*
15 *off.* Plenitudo † enim potestatis est arbitrii plenitudo, nulli necessitati subiecta, nullisque regulis iuris limitata. *Bald. in l. 2. de sent.*
16 *& ap. Paris. consi. vol. 1.* Eandem † vim habet clausula motu proprio. Nam quando secūdum priuilegium conceditur motu proprio, tunc quoque non requiritur expressa mentio clausulæ derogatoriæ, *Rom. consili.*
17 *316. Felin. in d. c. nonnulli.* Et principis † priuilegia concessa seruanda sunt ad vnguem, vt sonant: secus si ad partis instātiam essent obtenta, quia tunc strictam accipiunt interpretationem, *Ias. in d. l. fi. de const. princ. Idem in l. 1. C. de SS. Ecclesi.* Si igitur tantus est singularum clausularū affectus, certe omniū maximus esse debet, si coniungantur, si in
18 priuilegio † accumulentur, *vt hic.*

Tunc eam habent efficaciam, vt in contrarium non adducatur. Semper enim præsumitur iustitia. Excluditur omnis ignorātia & error, item vitium surreptionis, *cap. si motu proprio. de preb. in 6. Zas. consi. 3. volu. 1. Curt. consi. 48. Alex. consi. 33. vol. 5.*

Accedit ad prædicta confirmatio priuilegii Anno, &c. 58. ab eodem Imperatore facta, quæ expressam habet clausulam derogatoriam primi priuilegii M.

Non obstat quod ea confirmatio facta
19 sit lite hac pendente, quia qui declarat † nihil noui dat, sed datum confirmat, ideo retrotrahitur ad tempus primæ cessionis, *l. heredes palam. §. 1. de testam.*

Similiter non obstat secunda exceptio. 1. Propter expressam clausulam derogatoriā in cōfirmatione appositam. 2. Quia in speciali priuilegio, generali derogante, nō est necessarium facere mentionem de primo. 3. Quia quod potissimum est, hic nullum vertitur præiudiciū vel damnum tertii, eo quod iudiciū M. sit ipsiusmet Cæsaris proprium, qui vtique suo fauori renuntiare potest, cum hoc cuilibet priuato cōcessum
20 fit, Neque enim princeps † sibi legem potest imponere, a qua non liceat ei recedere, si velit *l. 1. de constit. princ. Felin. in d. c. nonnulli.*
21 Et sacrilegii instar est de potestate † principis quærere. *l. 2. C. de crim. sacrileg.* Præsertim in re sua, vti est iurisdictio M. Licet enim
22 in priuilegiis, aliisque Principum † beneficiis strictam interpretationem facere debeamus, quoties ius tertii lædunt, tamen largissime interpretari debent, si concedētis ius tantum hic principis ius lædant, *Zas. in d. l. fi. de const. Princ. per l. nec auus. C. de emancip. lib. fac. l. cum filiafam. de testa. mil. l. impubere. de adminiſt. tut. c. super eo, de officio deleg.* Cum igitur Imp. hic sibi, reique suæ derogauit, neque hoc priuilegium cedat in præiudicium tertii, sed Cæsaris concedentis tantum, sitque fauorabile, vt puta in odium Iudæorum & vsurariorum concessum, neque iniquitatem vllam foueat, sed expresse casum iustitiæ denegatæ aut protractæ reseruet: largissimam interpretationem faciendam esse puto, præsertim cum de expressa Imperatoris mente, quę in priuilegiis potissimum attenditur, *c. quanto, de priu. Rom. consi. 29. in pri.* id est, derogare priuilegio volentis euidenter constat.

Concludo itaque nos hic in terminis d. priuilegii F. versari, & per illud tanquam speciale, priuilegio M generali quoad bannitos derogatum esse, & pronuntiandum esse iuxta petitionem Episcopi.

Votum Correferentis.

Videndum an Imperator potuerit derogate priuilegio M. & an voluerit? An
23 Imperator possit pręiudicare, dicit † quod sic: quia successor est idem Imper. & potest derogare suo priuilegio. Hæc est communis decisio Bell. *consi. 28. Curt. Inn. consi. 1. Zas. consi. 10. vol. 2. DD. ad l. fi. C. si cōtra ius vel vti. publ. l. Barbarius. vbi Ias. de offi. prætor.* Si priuilegium esset datum M. non a solo Impe.
24 sed ab aliis quoque Principibus † communicato consilio, huic solus Imperator, derogare non posset, *Afflict. decisi. 101.*

Cum igitur potuerit, videndum an voluerit derogare? Communis est conclusio,
25 quod iudex † debet considerare mentem Imperatoris. *Panorm. in c. ex literis, de dolo & contum. cap. cum instantia, de censibus. Felin. in cap. 1. de rescript.* Et ita conclusimus in casu Anno, &c. 55. Atque sic constat de voluntate Imperatoris. Nam expressam facit priuilegii M. mentionem, idque denegando. Cum igitur Imperat. potuerit & voluerit denegare, sacrilegii instar esset † de
26 maiestate Imperat. disputare, *l. 2. Cod. de crimin. sacrileg.* Concludo igitur cum D. Andrea Gail. &c.

Senten-

Sententia.

In Sachen Herrn R. S. Bischoffen zu F. pro interesse, auch Schultheissen vnnd Gemein zu Z. Appellanten eins / wieder N. Q. F. Fiscal zu M. Appellaten anders theils / Ist allem Fürbringen nach zu Recht erkandt / daß durch Hofrichter vnd Vrtheilsprecher / vbel vollfahren vnnd procedirt / wol dauon appellirt / vnd daß die außgangene Proceß / vnd was weiter durch gedachtẽ Appellaten darauff gehandelt / auffzuheben vnnd zu cassiren seyn / als wir auch solches alles auffheben vnnd cassiren / Die Gerichtskosten auß bewegenden Vrsachen / gegen einander vergliechen vnd compensirt / ꝛc.

DEC. III. VOTVM. VIII.

Jn caussa Dechant / vnd Capittel zu Bellonen.

Contra.

Caspar vnd Adolph Rumper.

Materia restitutionis in integrum ad lapsum fatalium.

SVMMARIA.

1. *Ecclesia minori aequiparatur.*
2. *Ciuitas & Castrum minori aequiparatur.*
3. *Minores vt subsunt curatoribus, sic Respu. administratoribus.*
4. *Ecclesia, ciuitas, castrum laesi, restitutionẽ in integrum petere possunt.*
5. *Minor laesus potest restitutionem petere in specie, non solum aduersus tempora appellationis, verum etiam aduersus latam sententiam.*
6. *Intellectus l. finalis C. quib. ex caussis rest. in integrum, &c.*
7. *Ecclesia, minor, ciuitas & castrum restituuntur aduersus lapsum fatalium.*
8. *Restitutionem in integrum laesionis cognitio praecedere debet, & apparere, an laesus sit.*
9. *Pacta nouissima derogant prioribus.*
10. *Expressum quod non est in pacto nouissimo, omissum censeri debet.*
11. *Legem contractui qui non dicunt expresse vel apertius, cũ possint, sibi ipsis imputẽt.*
12. *Ignorantia in proprio facto tolerabilis non est.*
13. *Patrimonii vires scire quilibet praesumitur.*
14. *Ecclesia ex ignorantia potest restitui etiam post 100. annos.*

IN NOMINE DOMINI. Amen.

Sententia fertur in Camera 15. Octob. Anno, &c. 60. qua pronunciatum, hanc caussam desertam esse. Itaque appellantes petunt Citationẽ pro restitutione in integrũ contra dictam sententiam, idque clausula generali, *si qua mihi iusta, &c.* tum etiam, quod ecclesia vice minoris fungatur.

Submissum igitur, *An citatio ad videndum restitui decernenda sit nec ne?* Communis est conclusio ecc esiam † minori aequiparari. *c. 1. de restit. in integr. ca. audit. eodem, vbi gl. & Ale. consi. 8. vol. 5. l. orphanotrophos C. de Episc. & Cler. Bar. in auth quas actiones, in pr.* vbi sedes ordinaria. *C. de S.S. eccles.* Idem † obtinet in ciuitate vel Castro. *l. Resp. C. ex quibus causs. maior. C.* Glossa dat rationem, quia inquit: Sicut minores † subsunt curatoribus, sic respub. sub administratoribus, *fac. l. rempub C. de iur. Reipub. lib. 11. Jas. in l. si heres §. litis. de leg. 1. & in l. fi. in prin. C. de SS. Eccle.* Quemadmodũ igitur † minor laesus restitutionem in integrũ petere potest, ita quoque ecclesia, ciuitas, castrum, *d. l. Respu. Pano. in c. constitutis, de rest. in integr.* Posse autẽ † minorem in specie petere restitutionem, non solum aduersus tempora appellationis *l. properandum § si C. de iud. § pupillus. auth. de hered. & falcid. §. 1. Auth. de appel.* verum etiam aduersus latam sententiam dubium non est, *d. l. fi. l. cum & minores, C. si aduersus senten. l. 1. C. si sap in integ. restit. pet.* Et sic tam ad appellandum, quã ad totam caussam restitui potest dictis iuribus, *glo. in d. l. fin. C. si aduersus senten.*

Nec obstat † *l. fi. C. in quibus caussis resti. in integr. necess. non est.* vbi statuitur ipso iure in minore non currere tẽpus a lege praestitutum. Et sic videtur non opus esse restitutione cum ipso iure tutus sit, vt cui tempora appellationis ipso iure non currant.

adde *l.si præses, C. quis & quando Iud.* Quia ex communi DD. *sententia, d. l. fin.* non procedit in tempore instantiæ propter rei iudicatæ auctoritatem & iudiciorum firmitatem. *d. §. pupillus. d. l properandum, §. fin. l. si fideiuss §. contra Auth. de hered. & falcid. in omnibus Mandati.* Similiter nō procedit *d. l. fin.* in tempore interponendæ appellationis. *d. § 1. auth. de appell. & inte. qua temp. &c.* tamen nec in tempore persequendę appellationis locum habet. *Ba. in d. l. fi. C. si aduers. rem. ind.* vbi ad alia quoque contraria iura respōdet. Nō obstat *d. l. præses quem. & quādo index.* quia procedit in minore tutorem non habente, secus si habeat. *Bar. in l. fi. C. si aduers. rem ind.* Quemadmodum igitur minori currunt tempora ad appellandum, ita quoq; ecclesiæ, qui iure minoris fungitur, *c. auditis vbi gl. in verb. restituimus, de in integ. restit.* Et sicut minor læsus aduersus lapsum † fataliū restituitur, ita quoq; ecclesia, ciuitas vel castrum. In qua † quidem restitutione læsionis cognitio præcedere debet, & apparere an læsus sit. *DD in d. l. fin. Cod. si min. vel maior. Saly. in l. 1. C. si aduers. rem ind.*

7

8

Iam in proposito, licet ecclesiæ B. II nēsis tanquam minor contra desertam appellationem, restitutionem in integrū postulare queat, eam tamē hoc nostro casu denegandam puto. 1. Quia nō video, quod possit restitutio illis prodesse. Nō enim ea petitur contra locationis contractum, cum appellato postremo habitum, forte per veterem & antiquum locationis tenorem, de nouo repertum, sed tantum, vt fiat restitutio appellationis, quæ quidē restitutio nihil proderit illis. Nam, quod ad caussam principalē attinet, iuris est notissimi, pacta † nouissima derogatore prioribus. *l. pacta. de pact.* Quod igitur in nouissimo pacto expressum † non est, omissum cēseri debet, *l. quicquid adstringendæ. de V. O.* Et sibi ipsis imputare debent, cur legē † non dixerint expresse vel apertius, cum potuerint, *l. veteribus. de pact.* Maxime quia in proprio facto † tolerabilis non sit ignorantia. *l. si pro suo.* Et scire † quilibet præsumitur vires patrimonii. *l. quisquis C. de rescin. vend.* Quod vel omniū maxime in cōtractibus debet obtinere, alias vix inueniretur, cum quo possit tuto contrahi. Quia nemo esset, qui a contractu proposita tali ignorantia non discederet, quod esset absurdum, & ad perturbādam humanam societatem pertineret. Cum igitur non sit petita restitutio aduersus contractum secūdum, sed tantum cōtra lapsum fataliū: possent principaliter restitutionem contra cōtractū petere per instrumenta de nouo reperta. *l. Imperatores, de re iud.* per rationes quas ponit Chasl. *consi. 4.* vbi dicit, quod ex capite ignorātiæ † datur ecclesiæ restitutio, etiam post 100 annos, non habēdo respectum ad quadriennium elapsum, quoniā in talibus præsumitur iusta ignorātia propter plures mutationes prælatorū. *Ale. consi. 150. vol 7.* Concludo itaque, petitam citatiōnē ad videndum restitui denegandam esse. Ita mecum omnes concluserunt.

9

10

11

12

13

14

DECAD. I. VOTVM IX.

In caussa Hartman Lieboldt.

Contra.

Probst / Prior vnd Conuent deß Klosters zu Schwalheim.

De erroris reuocatione in confessione seu responsione ad positionales admissi.

SVMMARIA.

1. *Defensionales & peremtoriales articuli ante primam dilationem producuntur.*
2. *Confessio facta post litem contestatam regulariter reuocari non potest.*
3. *Confessio geminata, cum sit deliberata, reuocari non potest.*
4. *Erratum non præsumitur, vbi deliberatio præcessit.*
5. *Erratū in facto proprio cū est, irreuocabilis quoq; est confessio, præsertim post litem contestatam.*
6. *Errans in facto proprio in lata culpa esse intelligitur.*
7. *Ad reuocandum errorem facti proprii, non sufficit probare, rem aliter se habere, nisi probentur alia quoq; substātia, ex quibus verisimilitas potuit cadere in errorem, veluti si probet se aduersarii calliditate inductum, ad sic respondendum.*
8. *Cōfessio respicit decisionē iudicis, vnde reuocari in præiudiciū partis aduersæ nō potest.*

IN NOMINE DOMINI. Amen.

QVoad pūctū correctionalium & additionalium, petitam correctionē non puto admittēdam, idq; ex seqq. rationibus. 1. Propter ordin. *tit. 15* §. zum dritten / *p. 3.* quę vult, vt † & defensionales & peremtoriales articuli ante primam dilationem producātur, quod hic factum non est, sed lōgo post interuallo. 2. Quia huiusmodi confessio † facta est post litem contestatam, quo casu regulariter reuocari non potest, cum parti ex confessione illa ius sit quęsitum, ex quasi sci. contractu. *l. 3. §. idē scribit. vbi Bar. de pec.* Nam per eam confessionem ponens fuit releuatus ab onere probandi.

1

2

Quod

Quod sit geminata confessio, vti in responsionibus ad. 8. 9. 10 art. libelli ex 2. defens. patet. Quia † tunc reuocari nō potest, cum sit deliberata *ca. si quis iratus, vbi gloss. verb. spatio. 2. q. 3. l. si mulier. 2. C. ad SC. Velleian. l. 1. C. de plus petit. DD. in capit. fi. de confess. c. 4.*

Quia post terminum liberationis facta, 4 † quo similiter erroris prætextu reuocari non potest, cum nō censeatur erratum. vbi præcessit deliberatio *gl. in c. ex literis, de diuort. Rom. consi. 346.*

5 Quia erratum in † facto proprio, & tum quoque irreuocabilis est confessio. præsertim post litem contestatam. Nam in lata † culpa esse præsumitur, qui in facto proprio errat. *Rom. consi. 392. Ferrar. in form. act. real. verb. appelletur.* Et ad reuocandum errorem 7 facti proprii, non † sufficit probare, rem aliter se habere, nisi probentur aliæ quoque substantiæ, ex quibus verisimilitas potuit cadere in errorē, veluti si probat se aduersarii calliditate inductum, ad sic respōdendum. *Ferrar. d. loco nume. 13. l. hominem pro suo l. 1. quando act. de pecul. est an.* Horum nihil allegatum hic, tacito probatum.

8 6. Quod ista † confessio respiciat decisionem iudicii, vnde reus causari in præiudicium partis aduersæ non potest. *Ferra. d. loco.*

Cum igitur hic simul concurrant prædictæ rationes, & positiones ad eum effectum fiant, vt per confessionem aduersarii releuetur ponens ab onere probandi. *cap. 1. vbi glo. de confess. l. eum, qui. de iureiur.* Concludo, correctionales & additionales, quæ ad colorandum correctionales & additionales dati sunt, non esse admittendum, & pronuntiandum, daß die correctionales & additionales, als zu spat vnd wieder die Ordnung eyngeben/nicht anzunemmen/sondern zuverwerffen seyen/etc. Ita conclusum & pronuntiatum, &c.

DEC. I. VOTVM. X.

Ad supplicationem pro citatione auff den Landtfrieden deß Apts zu Erbenheim.

Contra

Die Statt Langenbach & Consorten.

An clerici possint agere ex constitutione fractæ pacis.

SVMMARIA.

1 *Factum ab vniuersitate quid & vnde cognoscatur.*
2 *Factum ab vniuersitate vel communitate vt dicatur quid, ad hoc requiritur quod sit factum de communi consilio vniuersitatis.*
3 *Clericus nō potest agere ad pœnā sanguinis.*
4 *Neque etiam de crimine capitali accusare.*
5 *Vel ad vindicationem publicam agere.*
6 *Bannum Imperii nō solum irrogat pœnam pecuniariā 2000. Marcarum auri puri, sed etiam sanguinis, vitæ & fortunarum omnium.*
7 *Mandatum de restituendo clericus potest petere, dummodo factum qualificet super constit. fractæ pacis, verbisque concepte protestetur.*
8 *Clericus de protestatione constitutionis fractæ pacis publicæ publicam scripturam conficere debet.*
9 *Relatum inest in referente cum omnibus suis qualitatibus.*
10 *Pacis studio processus non decernendi.*
11 *Interpretari eius est, cuius est condere.*

IN NOMINE DOmini. Amen.

PRima supplicatio adeo fuit, auff die fürbrachte narrata abgeschlagen / φ Abbas 1 non negaret vim publice commissam † a ciuitatibus in citatione specificatis, cōuocato consilio & pulsata campana, *iuxta l. nulli, l. sicut, §. 1. vbi gl quod cuiusq; vniuersi. nomine l. semp. §. 2. quod vi aut clam, verb cōmunicato consilio.* Ad hoc enim, vt dicatur † 2 factum ab vniuersitate, vel communi tali, requiritur, quod sit factum de communi consilio vniuersitatis. *Dec. consi. 667. vol. 5. Bar. in l. aut facta de pœn. vbi comm. DD.* vbi ponit hanc quæstionem: Omnes homines de vniuersitate iuerunt ad occidendum quendam, vtrum dicatur vniuersitas occidisse? Respondeo quod non, si non sit factum ab vniuersitate conuocato consilio, alias non dicitur facere vniuersitas, sed singuli. Hoc amplius dicit, quod si leuato vexillo & pulsata campana iuerunt ad hoc faciendum, quod non dicatur vniuersitas, si deliberatio non processit, interiectis aliquot diebus. Rursus supplicatum pro citatione, auff den Landfrieden / & inscriptum supplicationi maiusculis literis, *communicato consilio*, quod non carebat suspicione.

Consultatū iterum fuit, vtrum processus decernendi nec ne? Ego, vt referens dixi in pleno consilio, quod etsi factum esset sufficienter qualificatū super constitu. fractæ pacis, tamen ex caussis sequētibus vellē priori decreto inhærere. Et præsupponebā, Abbatem in facto supplicare, nō vt statum Imperii, sed vt priuatū: quod inde colligebam, quia non tantum suo, sed conuentus

nomine supplicaret. Illo præsupposito dixi iuris esse, clericum non posse † agitare pœnam sanguinis. *c. clericus. c. sententiã. ne cler. vel monach secul. se immisc.* Neque etiã de crimine † capitali accusare *c. prolatis, de homicid. in 6.* vel † ad vindictam publicam agere, tametsi pœna sanguinis non etiã imponenda. *Pano. in c. cum de accusa. ille potest ad hoc c. sacerdotes 2. q. 7.* Sed in confesso est, & extra omnem dubitationem, bannum † Imperii non solum irrogare pœnam pecuniariam 2000 Marcarum auri puri, sed etiam sanguinis, vitæ & fortunarum omniũ, quia res, personæ, & vita omnibus & singulis promiscue impunite publicantur & exponuntur. Ideo eius accusationem clericis esse prohibitam, & per consequens citationem denegãdam. Quod ad Mandatum de restituendo, † vna cum citatione petitum attinebat, dixi illud clericum quidem posse petere, dummodo factum qualificet super constitut. fractæ pac. sive, bisque conceptis protestetur, quod nõ ad vindictam sanguinis & pœnam violatæ pacis publicæ, sed tãtum ad restitutionem honorum agat ablatorum. *Phil. Franc. in d. c. prolatis, de homici. in 6.* Vbi gl. dicit consultum esse, si clericus de hac protestatione † conficeret publicã scripturam. *c. si diligenti de Sim. An. b. in d. c. prolatis*, vbi dicit, quod omissa hac protestatione incurrat irregularitatem.

Quare cum hoc nostro casu huiusmodi protestatio, supplicationi inserta non esset, imo nulla fieret eius mẽtio, & Abbas tanquam priuatus, suo & conuentus nomine supplicaret, putabam processus esse denegandos. Mouebat me etiam præiudicium Cameræ in caussa der Klauß zu Cölln / cõtra Gülich Anno, &c. 40. quibus processus ex prædicta ratione fuerunt denegati.

Ceterum, posito nullum quoad personam & narrata in supplicatione defectum fuisse, adhuc dubitarem, vtrum processus fiant decernendi, idque propter transactionem Passauinam, quæ casum nostrum longo temporis interuallo secuta est, quã obseruare nos oportet.

Neque obstare, quod dicta pacificatio statuum Cameræ debito modo insinuata non esset, cum sufficiat insinuationis loco expressam mentionem eius factam esse. Nempe in recessu Augustano Anno 55. §. Dieweil Relatum † enim in referente cum omnibus suis qualitatibus inest. *l. asse toto de hered. instit. l. si ita scripsero, de condit. & demonst. Dec. consi. 434. volum. 3. & Oldrad. consil. 532.* Et ideo, ne tota Germania istis processibus concitaretur, pacis studio processus † non decernendos, sed interpretationem, §. Dieweil ab Imp. petendam, cum † eius sit interpretari, cuius est condere.

Alii domini fere omnes concluserunt, factum sufficienter esse qualificatum super fracta pace, & processus esse decernendos, eo quod supplicans Abbas zu Erbenheim status Imperii esset, quibus super constitu. fractæ pacis supplicare nõ sit prohibitum, sed permissum, tamen propter pacem publicam differẽdos esse processus, nihilque esse decernendum, sed consulendum esse Imperatorem, quid nobis in hac casu dubio statuendum sit ne nos demus occasionem nouis tumultibus.

Hæc sententia obtinuit, in quam ego quoque libenter descendi. Actum in pleno consilio me referente.

DECISIONVM RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM

Cameræ Imperialis.

SYNTAGMATIS III.

DECAS II. VOTVM I.

In caussa Günther Schwartzenberg.

Contra.

Beyfuß Jüden.

1 *Appellatio omisso medio ad maiorem vel & minorem iudicem facta, an, & quando valeat.*

SVM-

SVMMARIA.

1 *Appellatio valet, errore non obstante.*
2 *Appellatio in effectu ad iudicem competentem deuoluta intelligitur.*
3 *Appellatio facta non valet, & sententia lata transit lapso decendio in rem iudicatã.*
4 *Sententia post decendium transit in rẽ iudicatam: intra decendium vero adhuc ad iudicem competentem appellare licet.*

IN NOMINE DOMINI. AMEN.

QVONIAM omisso medio ad superiorem contra *l. Imp. de appell. vbi Bart.* appellatum ad Camerã, vidẽdum, *an appellatio valeat, an vero remittenda sit ad cõpetentem Iudicem, an vero ad primum Iudicem tanquam deserta pro exsecutione facienda?* Puto distinguendum. Aut iusto errore appellatum est ad Cameram vel superiorem, omisso medio, aut scienter? Primo casu † appellatio valet, errore non obstante, quoniam intelligitur † in effectu deuolutã ad Iudicem competentem. *l. 1. §. pen. de appell.* quia quod plus est, vtique tantum est. Illam rationem dat Accurs. *in dict. §. pen.* Et ideo ad eum remittitur appellatio. *Philip. Franc. in cap. dilecti, de appell.*

Secundo casu appellatio facta non † valet, & sententia lata transit lapso decendio in rem iudicatam. *Panor. in cap. dilecti. vbi Phil. Franc.* idque videtur probare text. *d. leg. 1. §. pen.* dum dicit, *si per errorem fuit appellatum*, ergo cessante errore appellatio non valebit.

Quod si ad minorem appellatur, omisso medio, siue hoc fiat per errorem, siue scienter, sine distinctione † appellatio non valet. *d. §. pen.* Et ideo † post decendium sententia transit in rem iudicatam, intra decendium vero adhuc ad Iudicem competentem appellare licet, *Bart. in d. §. pen. Phil. Franc. in dict. c. dilecti.*

Quare concludo, exceptiones non deuolutæ appellationis admittendas, cum Domino Referente, &c. Saluo.

DEC. II. VOTVM II.

In caussa Herrn Moritzen Graffen zu D.D.

Contra.

Caspar Kolinger.

Submissum in caussa litis contestationis.

SVMMARIA.

1 *Citatio ad domum citati fieri debet, & si non fiat, inualida est.*
2 *Defectus omnis citationis per comparitionem tollitur.*
3 *Citationem ad citati notitiam peruenisse sufficit.*
4 *Sola præsentia sufficit absq; alia citatione.*
5 *Relationi nuntii, præsertim in caussis ciuilib. plenissima fides adhibetur.*
6 *Exceptiones peremtoriæ ante litis contestationem non admittuntur.*
7 *Exceptiones impediunt litis ingressum, quia inducta sunt caussæ finiendarum litium. Limitatur n. 8.*

IN NOMINE DOMINI. AMEN.

DVABVS exceptionibus potissimum reus nititur impedire litis contestationem. Quarum *prima*, quod exsecutio citationis non legitime facta. *Secunda*, quod quicquid fecerit, domini sui iussu fecerit.

Prima nihil habet momenti. Nam & si regulariter citatio † ad domũ citati fieri debeat, & si non fit, inualida fit. *l. dies. § præter. vbi Bar. de damn. inf.* tamen illud non procedit, si quis vltro & sua sponte in termino compareat. Quia † omnis defectus citationis per cõparitionem tollitur. *l. 1. de fer.* sufficit enim citationẽ † ad notitiam eius peruenisse. *Clem. caussam. de elect. con. Rom. cons. 410.* Quia sola † præsentia sufficit, absque alia citatione, *DD. in l. 1. de in ius voc. per l. de vnoquoq;, de re iud. vbi Alex. l. 1. §. fin. de muner.* Accedit nuntii relatio, qui refert citationẽ ad domũ factam esse, absente quidẽ domino, sed famulo præsente & acceptante. Quib. † relationibus præsertim in caussis ciuilib. plenissima fides adhibetur. *l. apparitores. C. de exact. lib. 11. Bal. in c. 1. de mil. vas. qui cert. Spec. tit. de cit. §. sequitur.* Cõcludo hanc exceptionem esse irreleuantẽ. Altera, cum ad defensionem † & elisionẽ institutæ actionis pertineat, sitq; peremtoria, meritaq; caussæ concernat, nõ potest litis ingressum impedire. *Ord. tit. 27. §. 1. p. 3. l. peremtorias. C. sent. resc. non poss.* Illud enim in trib. potissimum exceptionib. peremtoriis receptũ est, nempe rei iudicatæ, iurisiurandi, & transactionis, *leg. eleganter. §. si. quis post de cond. indeb. c. 1. de lit. contest. in 6. Bart. in l. nam & posteaquã de iureiur.* Nam hæ † exceptiones impediunt litis ingressũ, quia inductæ sunt caussa finiendarum litiũ. *l. 1. de iureiur. l. fratris. C. de transact.* quod tamen nõ est perpetuũ. Nam si requirant altiorẽ indaginem, & in continenti probari nequeãt, tunc † quoq; non impediunt litis contestationẽ. *Bar. in d. l. nam & posteaquã, per d. c. 1. de lit. contest. in 6.* Concludo itaque litis contestationẽ summariam petitionem reo iniungendam, saluis quibuscunq; exceptionib. post litem contestatam producendis, compensatis expensis.

DEC. II. VOTVM. III.

In caussa Wunderichs/ Contra. Hans Schwaben.

De transactionis confirmatione.

SVMMARIA.

1. *Partes siue contrahentes petere possunt a iudice contractum ipsorum confirmari, iudexque ad hoc tenetur.*
2. *Transactio nihil aliud est quam remissio.*
3. *Transactio super adulterio nō admittitur.*
4. *Confirmationis effectus.*
5. *Dolus excluditur interuenientia iudicis.*
6. *In emtionis contractu exceptio obiici non potest, si per iudicem contractus confirmetur.*
7. *Petens confirmari sententiam, postquam abiit in rem iudicatam, hoc cōsequitur, vt exceptio nullitatis ei obiici non possit, secus esset, si altera pars tantum peteret confirmationem.*

IN NOMINE Domini. Amen.

De iure communi dubium nō est, quin partes siue cōtrahentes † petere possint a iudice contractum ipsorū confirmari, iudicemque ad hoc teneri. *l. si quos spōtaneos C. de decur. lib. 10 vbi gl. & Plac. & Bart. quoq. vide.* Cum ergo hic petant partes cōfirmationem transactionis super iniuriis quibusdam, videndum an talis sit contractus qui confirmari possit.

Et constat ex libello, actum iniuriarum mere ciuiliter. Vnde putarem primo, transactionē valere, quia iniuria remitti potest. Ergo & super ea transigi, cum transactio † nihil aliud sit, quam remissio. Deinde denegari non posse petitam transactionem cum acti ᵒ sit mere ciuilis.

Non obstat, quod adulterii crimen obiectum sit, ideoque transigi non potuisse, cū † super adulterio non admittatur transactio. Quia adulterium non est probatum, & quia forte probari non possit, interposita est transactio. Imo iniurians diffitetur, se obiecisse crimen illud adulterii animo iniuriandi, sed calore iracundiæ. Quoniam igitur per transactionem ab actione destiterunt, non super adulterio, sed iniuria transactum est.

Concludo ergo, dictam transactionem confirmari posse:

Magnus autem huius † confirmationis est effectus. Operatur n. vt neuter contra tertium possit dicere, se dolo aut metu aduersarii ad transigendum inductum. Nam interueniētia † iudicis dolus excluditur. *l. si quod met. cau. Ba in l. frater a fratre de condic. indeb.* Sic in cōtractu emtionis † si per iudicem contractus confirmetur, non potest obiici exceptio. *l. 2 C. de rescind. vend.* Et qui sententiam, † postquam abiit in rem iudicatam, confirmari petit, hoc cōsequitur, vt exceptio nullitatis ei obiici non possit, secus esset, si altera pars tantum peteret confirmationem. Quo casu memini decretam citationem contra partem aduersam, ad videndum fieri confirmationem contractus. Vide. *obs. 1. lib. 2.*

DEC. II. VOTVM. IV.

In caussa Wertheimers. Contra. Illustrem quendam.

Fractæ pacis.

SVMMARIA.

1. *Actus vel factum qualificatum quando producitur, non sufficit probare factum super illa qualitate.*
2. *Fundans se in libello super qualitate, si eam non probat, succumbit.*
3. *Nemo vi armata, & propria auctoritate ius suum prosequi debet.*
4. *Defensio non dicitur, quæ modum excedit.*
5. *Fractio seu ruptio pacis requirit expressum & verum dolum, vti verba volunt.*
6. *Dolus nunquam præsumitur.*
7. *Defensio solum permissa est cum moderamine inculpatæ tutelæ.*
8. *Excessus dolo factus mitius puniri debet.*
9. *In actu successiuo continuato semper debet attēdi initium & nō finis, quādo scilicet initiū est licitū pro excusandis delictis.*
10. *Excessus in dubio præsumitur culpa, & non dolo processisse.*
11. *In dubio præsumtio delicti exclusiua sumi debet.*

12 Pœna

12 *Pœna fractæ pacis locum vt habeat, duo requiruntur, violentia cum armis & dolus.*
13 *Sine dolo nullum delictum committitur.*
14 *Vocabulũ* Landfriedtbruch *do ũ importat.*
15 *Dolus probandus est.*
16 *Pœna fractæ pacis est capitalis.*
17 *Dolus per verbum* freuentlich *probatur.*
18 *Cessante qualitate cessat actio.*
19 *Liberum hominem includens committit in l.1. C. de vi publ.*
20 *Actum per se illicitum quando quis explicat, tunc præsumitur esse in dolo manifesto.*
21 *Iudex homicidam non condemnare potest.*
22 *Iudex mitigat interdum pœnam in doloso, quando fuit minor dolus.*
23 *Idem obtinet in falsario.*
24 *Actio ciuilis & criminalis cumulari nõ possunt.*
25 *Ad iurisdictionem fundandam non inspicitur quantum debeatur, sed quid debeatur.*
26 *Dolus in habentibus claram personam non præsumitur.*
27 *Dolore iusto affect⁹ mitiore pœna puniẽdus.*
28 *Violentia per se dolum continet.*
29 *Delictum omne præsumitur dolo factum.*
30 *Violatione probata dicitur dolus probatus.*
31 *Domus sua cuiq; tutissimum refugium & receptaculum.*
32 *De domo extrahi in suo territorio nemo debet.*
33 *Doli probatio qualis requiratur.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVÆSTIONIS esse, an petita restitutio sit reis concedenda. Sed est prius vidẽdum, an in caussa principali possit pronuntiari? Putat posse diffinitiue caussam referri. I. De actione. II. An probata. III. An elisa. IV. De sententia. I. Actũ ex constitutione Landtfrieden/ cũ qua concordat. *l.1. ad l. Iul. de vi publ.* Et non narratur simplex violentia, sed qualificata. II. Quoad secundũ, specificantur tria facta. I. Frumenti. II. Ouium ablatio. III. Quod violenter extraxit actorẽ suis ædib.

De frumenti & ouium ablatione cõstat, ex confessione rei, & testium dictis. Ar armata manu factum esse, ne ex testiũ quidẽ dictis constat. Expediti iuris est, quod 1 quando deducitur actus vel † factum qualificatum, quod nõ sufficit probare factum sine illa qualitate. *l. prætor ait. leg. 2 ff. vi bon. rapt. l. Fulcinius. §. cũ hoc. iuncta glos. in verb. oportet. ex quib. caussis in possessionẽ eatur. & ibi Bar.* sicq; omissa qualitate facti, videatur, quoad hæc domino, non sufficienter probatũ, & reũ venire absoluendũ, quia se fun-2 dans in libello † super qualitate, si eam non probat, succumbit. *c. cum sit. c. conquestus, de foro cõp. Ibi Ioan. And. Innoc. & Cyn. de prob. l. 2 eodem. Panor. d. c. conquestus, vers. 2. colligitur. Sal. l. 2. ad f. vers. ex prædictis. C. ad l. Iul. de vi publ.* At his nõ obstantib. quia tertiũ factũ per 10. 11. 13. 14. 16. in prima dilatione, & vnicũ in secunda dilatione examinatos testes penes 6. & 7. in pũcto citationis, articulis sufficiẽter est probatũ, proderit vnius facti probata qualificatio, sicq; concludit actionẽ probatam. III. Quoad tertium, *An elisa per defensionales*, non ratione facti, sed iuste id factũ excipitur, allegaturq; primo loco, quoad frumentũ & oues, fundum esse rei, & consuetudinẽ esse, ꝙ liceat pignorare, Cameram esse suspensam. Hæc vtrum releuent, & a pœna fractæ pacis excusent, videndum, præsumendũ videri hunc locũ litigiosum ad reũ spectare. Ex quibus liquet, quicquid per reũ factum, iure factũ, & per consequens actionẽ actorũ elisam. Sed his non obstantib. contrariũ videri verius, cũ maior pars deponat locũ litigiosum pertinere ad Wertheimer/ & quod nõ aliter vtamur quã pater illorum & ante illum Lerchheimer/ & quod cõstat, quod Gridelleutes locum illum a Wertheimer precario impetrarint. Et posito, quod sit locus rei, tamẽ nõ 3 debuit vi † armata & propria auctoritate ius suum prosequi. *l. exstat. l. negantes. C. de act. l. si quis in tãtum. C vnde vi. c. cum qui de prob. lib. 6.* Non obstat allegatũ ius, cum id ex temporis cõputatione fallat. Non mouetur, quod defensionis caussa factũ dicit, 4 cũ † defensio non dicatur, quæ modũ excedat. An autem ob factum illud reus sit condemnandus in pœnas fractæ pacis? Prima facie videtur quod sic. At cum † fractio seu 6 ruptio pacis requirat expressum & verũ dolum, vti verba volunt. Vti. *leg. 1. §. Labeo. ff. de dolo.* Iura definiunt dolũ: Dolus † autẽ nunquã præsumatur. *Abb. c. audiuus de præscript. Bal. l. 1. in fi ff. locat.* Videndũ an dolus requisitus sit probatus? I. Præmittit, sibi non constare ex actis, vtrum locus ille litigiosus ad reũ vel actorẽ pertineat, ob variationẽ testium, cum sint, qui dicant, Es liege auff Q. Q. territorio, alii auff F. F. Bodem/ omnesque testes cõmuniter dicant, hunc locũ fuisse litigiosum. II. Constat actores etiã ante reum, suosq; subditos molestasse, id ꝙ non negant, sed negligentia factum asserunt. Accedit scriptum actorum de reo, Ob es Fuchs oder Haaß/ & quod vellt ea mẽsura metiri, qua illi meritum. In quo actores modum, respectu illustris personæ, excessisse videntur. Quib. omnib. non immerito videtur commotus reus ad illatam vim. Et licet † defensio sit solum permissa cum moderamine inculpatæ tutelæ. *leg. prima. Codice vnde vi*, si tamen fiat cum

excessu moderaminis inculpatæ tutelæ, nedum culpa, sed etiam dolo: tamen quis posset solum puniri de illo excessu, & consequenter minori pœna, quam si non esset data occasio delinquẽdi. *tex. l. si adulterium cum incesta, 38. §. Imperator. versicul. nam & Dinus, de adult. Bald. l. vt vim. in 3. col. versi. nunc restat. de iust. & iur.* Quod talis † 8 excessus dolo factus mitius puniri debeat, Alex. *consi. 75. versi. circa aliud, quo quæritur in 3. volum.* In actu enim successiue continuato, semper debet attendi † 9 initium & non finis, quando scil. initium est licitum pro excusandis delictis. Et † 10 excessus in dubio præsumitur culpa & non dolo processisse. *Sal. l. Grachus versi. in dubio. C. de adult. Iaf. d. l. vt vim.* Idque confirmatur per DD. Bart. *l. qui aut. § qui ait. ff. d. tit. l. qui cum maior, circa pri. versic sed si minor ff. de bonis libert. Ang. & Sa. yc. in l. Grachus. Bart. l. si quis non dicam rapere. C. de Episc. & Cler.*

Concludit itaque ex allegatis, hunc rei excessum non mereri pœnam fractæ pacis, cum illa omnia ad protectionem & tuitionem suæ possessionis fecisse præsumatur. Credendum est enim eum, qui partis dominus est, iure suo potius vti, in † 11 dubio semper debere sumi præsumtionẽ† delicti exclusiuã, *l. marito ff. pro socio.* Sed quia modus inculpatæ tutelæ excessit, & violentiam commisit, sicq; putet arbitraria pœna iudicis extra ordinem puniendum, ne delicta maneant impunita. Nam in delictis inclinare debet ad mitiorem pœnam. De summa pœnæ submittit se iudicio dominorum, & compensat expensas.

Quoad punctum Mandati, an paritum sit, videndum. Et quoad relaxationem captiui, non est dubium, quin sit paritum. & apparet ex sententia 22. Iunii Anno, &c. 51. lata, vbi iudicialiter est acceptata. Quoad frumenti & ouium ablationem, nulla est facta restitutio, & allegatur resolutum esse mandatum in vim simplicis citationis, ibi videndum de probationibus, & constat euidenter ex depositione fere omnium testium, locum, vbi oues pignoratæ, ad actores & eorum antecessores semper pertinuisse, & in Episcopatu Q. Q. situm esse. Ita quod non sit dubium, quin teneatur reus ad restitutionem illius agri, vnd Anger / & ablatarum ouium.

Quoad agrum, vbi frumentum est ablatum, dubitat, cum plene non constet, illum ad actores pertinere, vel vnquam pertinuisse. Sed quia ex dictis testium constat, illos in possessione illius loci iam esse, huncque triennium ante pignorationem aliis locasse, in tali dubio, & quia reus ad defensionales admitti non potest, concludit etiam in hoc puncto in pœnas mandati noch zur Zeit nicht zuerklären / sed restitutionis paritionem sub pœna Mandati iniungere, compensatis expensis.

VOTVM DOMINI correferentis.

INstitutam accusationem ex lege Barto. *l. 1. ff. condict. ex lege vbi Bart. nume. 11.* Et potest dici actum criminaliter, *ex l. Iulia, de vi publ.*

Vt pœna † 12 fractæ pacis locum habeat, duo requiruntur. 1. Violentia cum armis. *§ item. l. Iul. de vi public. Institut. de publ. Iud.* Item in constitut. Item / mit gewehrter Handt vnnd gewaltiger That. 11. Dolus. *l. 2. §. doli mali. ff. vi bon. rapt.* Nullum † 13 delictum committitur sine dolo. Ipsum vocabulum † 14 Landtfriedtbruch dolum importat, ideo † 15 probandus. *Bart. l. 1. §. nõ autem. si quis testamento lib. esse iuss. &c.* Pœna † 16 autem fractæ pacis est capitalis. Requiri dolum sentit Angel. *l. 1. Cod. de vi publ. Iaso. l. 1. §. quod propter. Ne quis eum qui in ius, &c.* Probatur etiam per verbum † 17 freuentlich.

Talis autem vis cum armis in prioribus duobus factis probata non est, ideo quoad ista facta absoluendus erit, quia † 18 qualitate cessante, cessat actio. *l. Iulianus. §. & si quis ad exhib. Bart. l. quid ergo §. pœnam grauior. ff. de his qui not. infa. Alexand. l. Dinus, de reiud. Canon. in capit. licet caussam. de prob.* Quod qualitas plene probanda, quia testes deponunt, locum litigiosum, putat excusare illam caussam a dolo præsumto, nisi contrarium constet, *text. l. 1. in fin. de abig. text. & gloss. in l. plagii, de plagiar.* Concludit quoad duo illa facta, reum a pœna fractæ pacis ordinaria excusari.

Quoad tertium factum, licet sufficienter probatum exsistat, per 11. 13. & 14. testes, ad 7. art. idem videtur dicendum. Hic coadunatio talis probata non est, & reus habuit solitum comitatum. Item requiritur coadunationem ad hoc factam vt daret damnum. Et quia commotus fuit per missiuam actoris, Fuchs oder Haas / ideo veniret absoluẽdus; Nec potest in pœnam pecuniariam cõdemnari propter innatam qualitatem facti.

His non obstantibus contrarium verius putat. Non obstat de coadunatione; Id enim verum, si quis alium verberet vel pulsat. Sed si quis liberum hominem † 19 includat, committit *in l. 1. Cod. de vi public.* Et sufficit hic fuisse multitudinem hominum armatorum. Et patet ex missiua, quod animo nocendi ad ædes rei iuerit,

Alex.

Alexand. in apostilla ad Barto. in l. 1. si quis testamento l.b. esse iuss. fuer. Vbi dicitur, excusat caussa a dolo præsumto. Non vero cum verba nullam habeant iniuriam, quæ in missiua scripta sunt.

20 Quando quis explicat † actum per se illicitum, tunc præsumitur esse in dolo manifesto, de quo *l. dolum. Cod. ad. l. Corn. de sicar.* a quo caussa iniusta non excusatur. *Alexand. cons. 303. num. 13. volu.* 1. Accedit, quod constitutio fractæ pacis nullam caussam omnino admittat, auß keinerley Vrsachen willen.

Non obstat quartum. Nam habuit iudicem ordinarium, commissarium & Cameram.

Concludit, reum pœnas fractæ pacis commisisse, & in pœnas banni Imperialis & iuris incidisse. Verum licet *l. seruos. Cod. ad l. Iul. de vi publ. c.* graui infamia mulctandum dicat, qui molliorem pœnam, quam Imperator constituit, in patriam protulerit: quia tamen timendum, ne si fractæ pacis reus declaretur, ne in RR. noui motus oriantur, vult mitiorem & aliam pœnam alterare propter iustum dolorem. *Abba. cap. olim. de rescript.*

21 Et sicut iudex potest † non condemnare homicidam, &c. *iuxta Roman. l. cum mulier. solut. matrimon. numero 66.* Ita videtur fieri posse nostro casu. *Bald. l. & si seuerior. Cod. de infam. b. numero* 10.

22 Quod iudex † mitiget interdum pœnam in doloso, quãdo fuit minor dolus. Et

23 mitigat † pœnam falsario. *l. quid ergo. §. pœna ff. de infamibus, & d. Ordin. titu. 14.* im Landfrieden. Adhuc tamen propter excessum putat puniendum. *Bald. d. l. etsi seuerior. numero 11. 12. & 19. Bald. & Angel. l. denuntiasse de adulter. in pri.* Concludit pœnam banni in 26. Marcarum auri, aut salua taxa dominorum alterandam, & condemnandum, condemnando in expensas.

Non obstat *l. seruos*: quia illa intelligitur, nisi caussa cognita & ex iniusta caussa.

Quoad punctum mandati, an in iurisdictione fundati simus? Et videtur quod

24 non, cum † ciuilis & criminalis cumulari non possint, & nos non aliter, nisi propter caussam fractæ pacis iudices esse possimus. *Innocen. cap. statuimus. de offic. de leg. in pri. text. capit. 1 de offic. deleg. in 6. Bald. in sua Margar. in verb. qualitas.* Sed contrarium deciditur, *per l. interdum. §. qui furem. de furt. & quæ ibi Barto. Idem l. 2 §. 1 vi bon. ra. & DD. in l. si quis ad se fundum, ad l. Iul. de vi publ.*

Non obstat, quia quantum ad iurisdictionem fundandam, † non inspicitur, 25 quantum debeatur, sed quid petatur. *l. cum quedam. §. fin. vbi Ange. Castre. Iaso. de iurisdict. omn. Iud. Innocen. in d. cap. statuimus. Nõ ob.* Nos habemus enim iurisdictionem in secunda instantia, vel illud dictum procedere in qualitate extrinseca, prout est notoriũ vel non: secus quãdo in qualitate ista consistit decisio totius caussæ.

In casu nostro tota caussa super qualitate fractæ pacis consistit. Ergo, &c. Quia alias nunquam possumus absoluere in caussis mandatorum, sed semper pronuntiamus nos competentes. Sin autem principaliter peteretur restitutio, tunc forsan cõtrarium diceret, quia tunc qualitas fundans iurisdictionem est extrinseca, respectu caussæ principalis, & sine ea decidi potest. Vtrum enim ablata restituenda non refert, an sit vis publica vel priuata, sed solum an sit iusta vel iniusta, ideo forte super incompetentia pronuntiandum esset. Quantum ad merita caussæ, constat, oues & frumentum ablatum, nec vllum ius in illo loco, vbi ablatio facta probatum. Imo testes ad decimũ quartũ articulum elisiuum claris verbis deponunt actorem & patrem, Item Lerchheimer, fuisse in possessione illorum locorum, vbi frumentum ablatum. Similiter ratione iuris pascendi, & loci, vbi oues abactæ probant. Et ideo restitutio fundi & rerum ablatarum reo iniungenda; Pronuntiat reum in pœnas Mandati nondum declarandum, sed quod illi adhuc parere teneatur, restituendo fundum, & ablata, & expensas.

Votum. III.

NOn potest omnino Principem in dolo excusare, sed propter Weitläufftigkeit vitandam concludit cum domino correferente.

Votum IV.

ACtum ex constitut. fractæ pacis. Quoad priora duo facta esse probata, actũ ab intentione iudicandum, *l. 1. Cod. de sicar.* & in meliorem accipi partem. *cap. estote, de regn. iur.* Si excusat a dolo, Ergo multo magis a pœna capitali *Schurff lib. 1. consi. 12. Bald. l. 1. in ff. Cod. locati.*

26 27 Quod in habentibus † claram personam non præsumitur dolus, concludit † iusto dolore affectum pœna mitiori puniendum, *iuxta l. plagii. de plagiar. propter excessum & modum.*

Quoad punctum mandati, sicut Ref. condemnat in expensas.

Quoad restitutionem, läst ers bey voriger Conclusion bleiben. In puncto citationis concludit, violentiam † per se dolū continere. *iuxta l. doli. vi bon. rapt. §. quia tantum. versi. ne dum. Inst. eod. l. si non quantus. C. de iniur.* Et in talibus ait Alex. *cons. 36. volum. 2.* præsupponi verum dolum. *Idem cōsi 103. Ang l. si quis ex domo, de furt.* Tamen putat dolum mitigari propter allegatum dolorem. Bar. *l. vt vim. de iust. & iur.* vult moderari pœnam & se conformare dominis. Vult in 26. Marcas condemnare, vt Corref. cum expens.

In puncto mādati vult iniungere vlteriorem paritionem, & condemnare in expensas.

Votum V.

SI subditus esset actor rei, tunc putaret, potuisse ob literas scriptas puniri. *Ias. l. vt vim num. 11.* Factum importare dolum, & metam vind ctam, & pœnam commissam esse fractæ pacis. Et ponderat, quod non præmeditate fecerit, sed alias in venatione fuerit. Et subito calore iracundiæ factum, ad quod nil enorme factum secutū. Nec Archiepiscopus conqueritur ratione sui subditi actoris, ideo elegit pœnam mitiorem. Concludit cum Corref. condemnat in 26. Marcas auri. condemnat vblque in expensas. In puncto Mandati concludit cum Dominis, denegat restitutionem petitam.

Votum VI.

IN puncto citationis non potest excusare eum a dolo, quia literæ actoris non fuerunt iniuriosæ, vt de Iuris vigore possit in pœnam fractæ pacis condemnari, sed attenta qualitate personarum concludit cum referente. Similiter in puncto Mandati condemnat in expensas.

Ego quoad primum concludo actum condictione ex *l. 1. Cod. de condict. ex lege.* Et si intentionem actorum de iure communi ex tit. *de vi publ.* nec non de iure ordinationis fundatam esse. Quoad secundum apparere ipsum factum sufficienter esse probatum, tam ex dictis testium, quā propria confessione rei, nec dubium est, quin sit 29 delictum Omne † autē delictum præsumitur dolo factum, *l. 1. de Sicar. c. 1. ibi Bald. de præsumt.* Hinc puto dolum esse probatum, si non expresse, saltem præsumtiue, euidentia 30 & qualitate facti, quia probata † violentia dicitur probatus dolus. *l. 2. §. doli. vi bon. rapt.* Auget delictum, quod factum est in territorio actorum, vnde præsumitur animo vindicandi & nocendi factum. cum sua 31 cuique domus † tutissimum refugium, & receptaculum. *l. plerique. de in ius voc.* Igitur in suo territorio cædi † aut de domo extra- 32 hi non debuit, *l. is qui in dom. alterum, de iniur. & ibi not.* Qualis autem requiratur † 33 doli probatio, late Alex. *consi. 303. lib 1. Cor. consil 33. par. 4. Bar & DD. in d l. dolum.* Ad hanc materiam vide S oc. *gloss. 108. colum. 6. versic. insup.* An possit iudex alterare pœnā, vide Ias. *in l. iniuste possidet. in fi. de acquir poss. DD. in l. sed etsi seuerior. Parisi. de Syndic. in verbo pœna. §. licet. & §. an si statutum, & §. quamuis.*

Tenor sententiæ.

IN Sachē Wertheimers vnd Marolffs Gebrůder / Klåger eines wider Herrn NN. zu NN. beklagten anders theils / Fractæ pacis. Ist allem vorbringē nach zu Recht erkandt / daß auß bewegenden Vrsachē gedachter Beklagter / inn die gemeine Peen deß Keyserlichen Landtfriedens / nemlich der Acht nit / sonder vmb seiner angezogenen vnnd geůbter Verhandelung willen / dem Keyserlichen Fisco vnnd berůrten Klågern in eine Gelt Peen / die auff 25. marck lötigs Golds hiemit gemessigt / zuerklåren vnnd zuverdammen sey / Darein wir auch jetzt gedachten Beklagten hiemit erklåren / verdammen vnd erkennen / daß er den halben Theil solcher Peen ermeldtem Fisco, vnnd den andern halbē Theil darzu die Gerichtskosten derwegen auffgelauffen / nach Rechtlicher Ermessigung gedachten Klågern zuentrichten vnnd zubezahlen schuldig sey.

Ferner zwischen ermeldten Partheyen in puncto Mandati, Ist

Ist gleichfals allem Fürbringen nach zu Recht erkandt/daß gedachter N N. inn die Peen außgegangenē vñ wider vorbrachten Keyserlichen Mandats noch zur Zeit nicht zuerklären/Sonder demselbigen in sechs Wochen/ den nechsten/so so jhme von Amptswegen hiemit angesetzt/ bey Peen darein bestimbt / mit wircklicher Zustellung deß angezogenen Ort Landts/ auch abgenommenen Früchten vnd Viehe/ oder deß billichen Werchs darfür/nachmals zugehorsamen vnd zugeleben. Darzu seinem Gegentheil die Kosten / derhalben an diesem Keyserlichen Kammergericht auffgelauffen / nach Rechtlicher ermässigūg zuentrichten vnnd zubezahlen schuldig sey.

Sequens est sententia præambula prioris.

IN Sachē Herrn NN. ꝛc Ist L. NN. sein Begeren der vierdten Dilation vnd Restitution halben hiemit abgeschlagen / sonder läst man es bey hieuor den zwantzigsten Nouemb vnnd 11. Decembr. verschienenen drey vnnd funfftzigsten Jars/ vnd den 11. Maii, vier vnd funfftzigsten Jars ergangenen Vrtheiln bleiben/vñ ist ferrner von Amptswegen der Bescheidt/ daß gemeldter L. NN. in Zeit zweyer Monaten/den nechsten so jhme hiemit angesetzt/ probationes & conclusio es in puncto citationis & Mandati den 12. Octob. ernentes vier vnd funfftzigsten Jars Eynkommen/ was sich gebürt handeln sol/sub comminatione conclusionis caussæ, Vnd denn in puncto expensarum sind dieselben auff acht Gülden funfftzehen Creutzer/Reynisch/darvon den Aduocaten 2. Gülden Procuratori zween Gülden / funfftzehen Creutzer für die Labores hiemit taxirt.

DEC. II. VOTVM. V.

In caussa Hans Henrich Kappes/ Bereiter zu Schwindauff.

Contra:

Statt Mulen.

In caussa Appellationis & an filius agere possit de bonis paternis nondum patre superstite acquisitis.

SVMMARIA.

1 Appellatio, quæ non fit coram Notario, an sit inualida.
Appellationis vice priuata scriptura iudici porrecta, & actis caussæ per Notarium insinuata, appellationis vim obtinet, illique defertur.
2 Sine actione nemo experitur.
3 Exceptio, tibi non competit actio, est intentionis & facti, & cur dicatur intentionis & facti, nu. 4.
5 Exceptionis tibi non competit actio, vis & effectus.
6 Exceptio tibi non competit actio opponitur ad merita caussæ etiam post litem contestatam.
7 Actor vbi actione caret, Reus absoluendus est, etiam si ab eo non opponatur.
8 Sententia vbi sequitur sine actione, iudiciũ est nullum nisi sit absolutoria.
9 Filius an possit agere de bonis paternis, nõdum acquisitis, patre adhuc superstite.
10 Filius viuente patre nihil iuris habet in bonis etiam quoad legitimam.
11 Heredem in vita nemo potest habere.
12 Heres quis dicitur dumtaxat post mortem.
13 Fateri quis dicitur ea, quæ ponit in libello.
14 Ad feudum concessum pro se & suis heredibus filii post mortem patris demum veniunt.
15 Pater potest filiis praiudicare in feudo nouo.
16 Pater potest feudum nouum in praeiudicium filiorum alienare.
17 Feudum concessum pro se & suis heredibus est hereditarium.
18 Factum patris nocet filio in feudo nouo.
19 Præmature & inepte agit qui fundat iudicium super futuro.
20 Canon annuus præsumit Emphyteusin, nõ feudum.
21 Feudum impropriũ est, ex quo canon annuus persoluitur.
22 Feudum proprium & Emphyteusis idem sunt.
23 Argumenta a feudo ad Emphyteusin & contra procedunt.
24 Feudũ concessum pro se & heredibus suis non transit, nisi ad heredes patris.
25 Pater iuribus concedentibus, potest Emphyteusin in vita sua alienare.
26 Pater est vsufructuarius bonorum maternorum.
25 Filii non possunt esse in iudicio ratione bonorum maternorum, nec patronum constituere, sine patris consensu, & eo consensu deficiente, iudicium est nullum, & nu. 28.
29 Qui & in quacunque parte iudicii defectus consensus paterni opponi potest.
30 Isque consensus debet interuenire ante litem contestatam, vel saltem in litis contestatione: & debet esse expressus, nu. 31.
31 Iudicii forma deducitur ad suã caussam, vbi ius contestatur.
32 Narrata metiuntur ius actoris.
34 Caussa, vt releuet, debet esse talis, vt ex ea necessario metiamur ius petendi.
35 Actione nondum nata licet nasci speretur, dicitur libellus ineptus.
36 Sententia debet esse conformis actioni.
37 Exceptiones dilatoria opponenda sunt ante litem contestatam.
38 Cessio actionis, cuius in libello mentio facta non est, in iudicium deducta non videtur.
39 Cessio actionis ante litis contestationem & sententiam fieri debet.
40 Res transit ad heredes cum suo onere.
41 Nemo plus iuris potest in alium transferre, quam ipse habet.
42 Filius tam diu præsumitur in patris potestate donec contrarium probetur.
43 Filio in potestate patris constituto non potest cedi actio sed emancipato.
44 Priuilegium non potest inuito eo, cui concessum est, reuocari, si transierit in vim contractus.
45 Princeps supremus quilibet pacta & suos contractus seruare tenetur.
46 Appellantes temere & sine actione litigantes, ad impensarum refusionem merito condemnandi.
47 Sententia prior contraria posteriori nulla est.
48 Filius timens grauari in fine vel bonis, potest sibi ante factum prouidere officio iudicis.
49 Processus super iure de futuro valet, si illud suspendet ab eo, quod est de præsenti, licet successio sit de futuro.
50 Inepte de iure non petitur, quod per successionem ad liberos venturum est.
51 Seruitutem imponere species est alienationis.
52 Filio tacenti, si grauari se sentiat, nocet suum silentium.
53 Taciturnitas inter consanguineos inducit consensum.
54 Sciens certiorari amplius non debet.
Taciti & expressi eadem ratio, numero 55.
56 Filius non habet ius in bonis paternis.
57 Pater primus acquisitor Emphyteuseos potest eam reuocare quoad filios.
59 Beneficium tertii per patrem filiis auferri non potest.

60 Fili-

60 *Filius, alienante patre bona eius, in quibus vsumfructum habet, non potest agere ad retractandam alienationem, quamdiu est in patris potestate.*

61 *Filius in patris po estate esse præsumitur, donec contrarium probetur.*

62 *Exceptio, agere non potes post litis contestationem opponi potest.*

63 *Cessio actionis ante litis contestationē fieri debet.*

64 *Ad consensum patris, vt filius possit esse in iudicio quod tempus requiratur.*

IN NOMINE DOmini. Amen.

IN Mandatis Procuratorum nihil desiderat, vbi maritus constituit pro vxore, nec constitit de ratificatione vxoris.

Quoad formalia, nil desiderat. Nam 7. Iuli Anno 56. lata est sententia. Decimo tertio eiusdem appellatum est in scriptis ad Cameram. 19. Nouembris reproducitur. Nec putat appellationem inualidam, 1 quod non sit † coram Notario appellatum, sed sufficere, quod priuata scriptura sit iudici porrecta, & per Notarium caussæ actis inserta, appellationi delatum, & per eosdē appellat insinuata, *per tradita Franc. cap. vt debitus. numero 12. & 13 de appellat. & cap. 1. in prin. numero 11. & in cap. appellatio, in prin. eodem tit. lib. 6. Anchar. idem tenet, Clem. caussam, numero* 8. *& ibi Imol. numero 56. & Cardin. numero 4. de elect.* Cum ergo hic per scripturam priuatam sit appellatum & delatum, concludit rectè appellatum.

De nullitate, etsi multa dici possent, videlicet quod actores sine actione egerint, quod non habuerint personam standi in iudicio citra consensum patris, quod libellus sit sibi contrarius, & prorsus ineptus: tamen illis & aliis nullitatibus non attentis, super iniquitate pronuntiandum putat, tum quia non principaliter, sed incidenter esset deducta, tum quia constet de meritis caussæ. Constat autem ex actis prioris instantiæ oppositum fuisse per reos, actoribus actionem non competere.

Quæ quæstio, cum præiudicialis sit, ni-2 mirum † cum sine actione nemo experiatur. *l. si pupill. §. videamus, cum ibi alleg. per gl. in verbo: Non habuerit,* eam ante omnia exam nabit.

Ad cuius decisionem præmittit, quod 3 hæc † exceptio, *tibi non competit actio*, est intentionis & facti. *gloss. mag. l. vbi pactum, quæ communiter approbatur per DD. Cod. de transact. DD. l. nam & postea, de iureiurā. d. Bart. in l. eum quærebatur, iudicat. solui. Ioan. Andr. in cap. 1. de litis contesta. in 6. Socin. ea. 1. numero 34. de lit. contest.* Dicitur autem intentionis vel facti, † quoniam per talem 4 exceptionem asseritur, actionem nō competere de præsenti, nec vnquam competiisse. *Iaso. in l. qui s. debere. numero 10. de condict. caussa data.* Atque hæc † exceptio est 5 talis naturæ, vt opposita litis contestationem impediat. *Bart. d. l. nam & postea. num. 7 vbi Zas. nume. 8. de iureiur. Angel. in l. vir bonus iudicat. sol.* Potest & hæc exceptio † 6 opponi ad merita caussæ post litem contestatam. *DD. d. l. nam & postea. Franc. d. ca. 1. nu. 10. Inst. de act. Schurff. consil. 11. numero 1. vol. 2.*

Secundo præmittit, quod quando constat actorem actione carere, † tunc reum 7 esse absoluendum, etiamsi non opponatur a reo. *gloss. l. si vnus. § pactus & ibi Bart. num. 20. de pact. gloss. d. l. vbi pactum, numero 11. vbi Iaso. Cod. de transact. gloss. l. licet caussam. de except. Felin. cap. ad aures nume. 3. de præscript.*

Tertio † præmittit, si agitur sine actio- 8 ne, & sequitur sententia, iudicium est nullum, nisi sit absolutoria sententia. *Guido singul. 618. per l. Belius in ff. de pact.* Nunc ad rem.

Primo dicēdum, *an agere potuerint & proprio iure & propria persona? II. An vigore cessionis per patrem factæ agere potuerint?*

Ad primum, quod † agant sine actione, ex consequentibus caussis sibi liquere contendunt. *Prima*, quod rei agant super bonis, quæ pater eorum emit, & adhuc possidet, eique, cum adhuc superstes sit, heredes esse non possint, & sic actione carere. *Secunda caussa*: dato, non tamen concesso, actoribus post mortem matris eorum, vti contendunt, bona gabellis onerata esse, iis effecta: tamen quia eorundem parens administrationem habeat & vsumfructum, nō filiis competere, sed patri exercitium actionis, nec eos sine consensu eius hoc casu agere posse. *Tertia caussa*, dato, actorum patrem metu coactum, quod tamen negatur fuisse Angelot / tamen soli patri non etiam filiis competeret actio, quod metus caussa. *Quarta caussa*: Libellum ineptum esse, vt cuius petendi caussa cum instituta actione pugnet, nimirum titulum emtionis & possessionis prætendentes, cum nec ipsi emerint, nec possideant.

Ex libello & literis emtionis vel Schenkbrieff constat, actorum patrem pro se & suis heredibus emisse a Cassiano de Hirschhorn die Herberge zu Grossenlinden / & etiā nunc possidere, vt fatentur in libello & replicis fol. 18. Ex quibus liquet, actores in possessione fundare se non posse, nec im-

tereſſe prætẽdere, nimirum cum pater eorum emit, ideoque de illis pro libitu diſponere poteſt, *text. l. qua ratione, §. hoc quoque, de acquir. rer. dominio.* Et iuris, quod 10 viuente patre, † nil iuris in bonis habeat filius, etiam quoad legitimam, *per l. 1. §. ſi impuberi. de collat. bon. Rom. l. non ſolum numero 11 ſolu. matrim. Iaſo. l. 15. poteſt. numero 20 cum ſequen. de acquir. hered. Guido. deciſ. 486. ſub fi. numero 1. Iaſon. in l. is qui temporali. §. ſed etſi quis. numero 4. de iureiurand. Bald. l. liberti. numero 17. Cod. de oper. libert.* Præterea facit, quod actores hic non poſ- 11 ſent agere, vt heredes patris, cum † in vita nemo poſſit habere heredem. *l. 1. de hered. & act. vend.* Vnde heres dicitur duntaxat 12 † poſt mortem, *Barto. l. Gallus. § quidem. numero 7. de lib. & poſthum.* Ex quibus infertur, quod actores non vt poſſeſſores, nec vt heredes pro ſuo intereſſe agere poſſint, & vt proprio nomine agere non poſſunt, ita nec nomine patris, *per l. ſi longius §. filiusfam. de iud.*

Secunda cauſſa a reis allegata, quod actoribus nulla competat actio, non minus eſt releuans. Nam primo probatum non eſt, bona poſt mortem matris eorum reis affecta eſſe, & a reis negatur. Patet ex duplicis eorum fol. 24. Imo iuris communis præſumtio, quod patris ſint propria, eſt in contrarium, & ipſorum actorum confeſſio, dum in libello dicunt, patrem eorum 13 emiſſe bona ab Hirſhorn. Fateri † enim quis dicitur, quæ ponit in libello, *l. cum pretium. Cod. de liberali cauſſa. Socin. cap. 2. numero 120. & cap. 3. numero 63 de libell. oblat.* Cum ergo ius commune ſit in contrarium, debebant ſtatutum, vel conſuetudinem in contrarium, cum ſint facti, allegare & probare. *l. 1. Cod quæ ſit longa conſuet.* Sequitur reos, actoribus ſuam intentionem nõ probantibus, abſoluendos.

Nec ad rem facit, quod pater eorum emerit feudum pro ſe & ſuis heredibus, vt patet ex inueſtitura, quod per hoc illis ius quæſitum ſit. Nam id intelligitur in feudo 14 † & Emphyteuſi ordine ſucceſſiuo, vt filii demum veniant poſt mortem patris. *Notat Bald. l. 2. numero 26 in 2. lect. & ibi Iaſo. numero 224. Cod. de iure Emphy. Aluar. cap. 1. numero 5. an agnatus vel vaſallus. Alexand. conſilio 27 numero 5. lib. 5.*

15 Et cum hic † ſimus in feudo nouo, vt patet ex inueſtitura, pater poteſt filiis præiudicare, *§. ſi vaſallus culpã, ſi de feud. defun. controuerſ. fue. gloſſ. §. hoc quoque, & ibi Aluar. nume. 5. de ſucceſſ. feud. Et ibi Poluiſo. ſequitur Brunus. conſilio 115. numero 13. in feudalib.* Quare nec ex hac cauſſa actores intereſſe prætendere poſſunt, nec impedire, quo minus pater det Angeldt. Cum in totum † hoc caſu poſſit feudum in eorum, 16 præiudicium alienare. *Affl. deciſ. 112. nu. 6. late Curt. in tr. feud. in 4. parte quæſt. 8.* Accedit, quod hoc feudum ſit conceſſum Niclas Bachholtzen & ſuis † heredib. ideo- 17 que hereditarium, *per tradita Curt. d. tr. p. 1. quæſt. 8. numer. 19. Iſer. cap. 1. in pr. & d. § hoc quoque.* Quo † caſu etiam factum patris no- 18 cet filio, *Ioan. Andr. in Add. ad Spec. § fin. de feud. in additi. liter. D. Schurff. conſilio 136. num 4 in feudalib.* Et eo caſu non poſſunt actores venire ad feudum, niſi ſint heredes. *Cur. d. p. 1. q. 8. num. 19.* At hic nondum conſtat, an actores ſint futuri heredes patri ſuo. Multa enim accidere poſſunt, vt non ſint heredes. Proinde liquet, eos † præma- 19 ture agere & inepte, fundando iudicium ſuper futuro, *per l. non quemadmodum. Coſt. in l. non poteſt videri. de Iud. in fi.*

Nec obſtat, Canonem † annuum ſolui, 20 & ideo potius Emphyteuſim, quam feudum videri. *Bald. l. liberti nume. 36. C. de operis libert. Idem in rubr. de iure Emphyt. Et ibi Bart. l. 1.* Nam † nihilominus manet feu- 21 dum, licet improprium. *capit. 1. de feud. non habente propriam naturam feudi, Curt. d. tr. par. 1. quæſt. 6. per tot. & num. 28. cum ſequen.* Si quis tamen mallet diuerſorium hoc Emphyteuſim † appellare, non refert, quia idẽ 22 ſunt. *Curt. in 1. p. vltim. impreſſ. quæſt 6.* Et argumẽta a feudo ad Emphyteuſin, † & con- 23 tra procedere docet, *Iaſ. l. 1. nu. 60. C. de iur. Emphy.* Quod generaliter verum eſt, ſi ius commune non repugnet. Et quod ſupra dictum eſt, actores non poſſe conſequi feudum, ſiquidem conceſſio † facta eſt ſibi, 24 ac ſuis heredibus, niſi ſint heredes patri: hoc etiam locum habet in Emphyteuſi. *Bald. c. 1. num. 15. Et ibi poſt Iſer. Aluar. nu. 5. & 6. & Prapoſ. nu. 4. tr. an agn. vel fil. Iaſ. poſt alios l. 2. nu. 226. C. de iure Emphyt.* qui dicit, hanc eſſe communem.

Ad † hæc facit, quod pater poſſit in vita 25 Emphyteuſin alienare, id quod iura illi cõcedunt. *Bald. c. 1. nu. 15. An agn. vel fi. num. 5. lib. 5. & conſi. 8. lib. 3. Ioan. de Platea. l. 1. in pr. Cod. de feud. pater. lib. 11.* Ex quibus liquet, quod actores, ex eo, quod oneratum ſit diuerſoriũ mit Angeldt / ſit feudum vel Emphyteuſis, patri eorum & heredibus conceſſum, nondum ius habeant agendi.

Iam vero dato, bona fuiſſe affecta matris eorum, tamen quia pater habet, † eo- 26 rundem vſumfructum vti cõſtat ex confeſſione actorum, *l. 1. Cod. de bon matern. Et ibi DD.* Ideo conſtitutum, vt ratione eorundem non poſſint eſſe in iudicio, nec patro- 27 nũ conſtituere † ſine patris cõſenſu, *tex. expreſ. l. cũ non ſolũ. § neceſſi. vbi gl. Ba. Bal. Caſt.*

Cod. de

C. de bon. quælibet. cap. fin. & ibi Ioan. Andr. & Franc. de Iud. in 6. Bart. l. si longius. §. si filius. numero 3. de Iud. Lanfranc. in sua praxi. cap. quemadmodum contra. cap. 7. de confessi. numero 13 & ibi ad tit. Iaso. l. 2. §. 1. nume. 18. sol. ma r. Tholo. dec. fi. 175. Ang. in §. actionum autem. numero 12. & seqq. de act. inst. Con-

28 sensus enim iustus hic exigitur † ad solemnitatem, quo deficiente nullum est iudicium, Spec. tit. de actore. numer. 22. cum seqq. Franc. d. c. fi. §. huiusmodi. num. 2. de Iud. in 6.

29 Et defectus † consensus paterni potest in quacunque parte iudicii opponi, allegat. la per Franc. Marcum decisi. Parlamenti Delphinalis decis. 69 num 6. Atque hanc communem esse testatur Vantius tr. de null. t. ex defectu inhabilitatis. numer. 39. & seq. Debet

30 autem † consensus interuenire ante litem contestatam, vel saltem in litis contestatione, Bal. d. §. necessitate. nu. 9. & ibi Castr. nu.

31 8. & 11. Ang. l. licet. de Iud. Tunc † enim forma iudicii deducitur ad suam caussam. Bald. d. §. necessitate. Si autē post litem contestatā consensus interueniat, non validatur iudicium, in d. §. necessitate, vbi Bald. & Castr. & communiter DD. approbant. Idem Bald. l. si eum dotem. §. eo autem ipso. Et ibi Castr. solut. matrim. Lanfranc super d. loco. Cœpoll. in decisio 306. & ibi additio. Vant. vbi supra. num. 44 Ias. in l. si quis mihi bona de acqui. hered.

32 num. 20. Debet † autem pater expresse cōsentire. Bart. d. §. necessitate. Franc. d. cap. fin. de Iud. in 6. Vnde etiam liquet, quod nec allegata ab actoribus, in grauaminibus cessio vsusfructus & iurium, non prosit actoribus, quia facta post litem contestatam.

Tertia caussa, quod pater actorum metu coactus, hæc nō probata est. Et dato, quod probata esset saltem patri daretur actio. l. isti quidem §. fin. quod met. causs. Quarta caussa ineptitudo est libelli.

33 Præmittit primo, quod ex narratis ius † metiamur actoris. l. si ex plagis. §. in ciuo. ad l. Aquil. Putat hanc caussam esse releuantem,

34 & talis debet † esse caussa, vt ex ea necessario metiamur ius petendi. Innoc. cap. 1. & 2. de litis contest.

35 Secundo præmittit, quod quādo † actio nondum nata est, licet nasci speretur, dicitur libellus ineptus, quia ex illo non concluditur ius agendi, l. 2. Cod. de formulis. Et omnia, quæ sequuntur, sunt inualida. Notat Mathesilanus singul. 9.

36 Tertio præmittit † sententiam debere esse conformem actioni. Bald. l. 1. C. si plures in vna sententia. His præmissis constat, actores in libello narrare patrem emisse pro se & diuersorium & suis heredibus. Et sic patet, eos intentasse possessorium retinendæ, vel actionem ex empto. Sed hæc nō competunt, vnde libellus ineptus. Bald. l. edita. C. de edendo. Soc. c. 2. nu. 20. de libelli oblat. Et si pronunciaretur iuxta libellū, tūc expressus error iuris committeretur. Pronūtiādum foret, actores in der erkaufften gerechtsame/ vel quasi possessione tuēdos, in qua nunquā fuerunt. Concludit exceptionem, tu non es audiendus, quia non habes actionem, recte a reis obiici, sed dubitari hic posset, an quia ante litem contestatam opposita & intentatæ sint, an post litem contestatam, iterum opponi potuerint ad merita caussæ, cum

37 nonnullæ eorum † dilatoriæ sint, & ante litem contestatam opponendæ. l. exceptionem. Cod. de prob. Et concludit, eas ad merita caussæ recte oppositas. per Zas. l. ait prætor. 2. de iureiur. nume. 11. vbi dicit, se ita practicasse Soc. capit. fin. numer. 51. circa med. de lit. contest. Boer. in sing. in verb. exceptio. l. eleganter. de condict. indeb. §. si quis. Concludit ex prædictis omnibus, actores ex sua persona nullum ius agendi habere.

Verum, quia in grauaminibus allegatur, patrem reorum lite pendente, vsumfructū cessisse, & sic consolidatione vsusfructus cum proprietate facta, quæritur, an ex persona patris vigore illius cessionis obtinere possit? Et breuiter concludit, quod non.

I. Quia non cōstat, cessionem esse factam.

II. Vtut facta sit, tamen non valeret, quia in libello nulla eius mentio facta est,

38 ideoque non videtur † in iudicium deductam, sed opus noua instantia. l. non potest videri, vbi Castr. de iud. c. 2. de libell. oblat.

III. Dato, quod constet cessionem factam esse, tamen per hoc non validaretur iudicium, quia post litis † contestationem

39 & sententiam facta est, per supra deducta, text. l. si quis §. iustum. nu 20. & 21.

IV. Constat, actorum patrē promisisse Ungeldt/ vt deponunt reorum testes, ad interrogator. 51. Articuli, & ad 19. articulum. Item 11. test. reorum ad 15. Art. Sicut igitur prior eorum tenetur ad Ungeldt/ dum viuit, ita etiam filii, siquidem tenentur di-

40 uersorium † accipere cum suo onere. l. via constituti. §. si fundus. de seru. prad. rust. capit. ex literis. de pignor. Nec ipse pater plus iuris

41 transferre † potuit in filios, quam ipse habuit l. nemo plus iuris de Reg. Iur.

V. Facit, quod actores, quibus cessio facta prætenditur, tam diu sunt † in pote-

42 state patris, donec contrarium probetur. l. bi emancipati ibi: neque emancipatum. Cod. de collat. Boer. singu. 44. in verb. fictio. At filio in potestate constituto non potest cedi

43 † actio, sed requiritur, quod sit emancipatus Bald. l. 3. num. 2. Et ibi Sal. nume. 1. Cod. Mandati.

Nec obstat, quod id fallit in aduentitiis, *vt ib. Bald.* Quoniam probatum non est, bona esse aduentitia, quin potius de contrario constat. Ex quibus omnibus concludit, actor bus neque ex proprio iure, neque ex cessione paterna actionem competere.

Quid pronuntiandum.

EX supra dictis recte liquere putat, fuisse absolutos reos. saluo tamen actoribus iure agendi, so die angezogene Herberg gäntzlich auff sie gefallen. Constat enim allegatum priuilegium immunitatis natorum patri ab Hirßhorn concessum, pretio, scilicet Canone annuo mediante transiisse in vim contractus, ideoque non † posse inuito actorum patre reuocari. *per l. fundum. Cod de feud. va rim. cap. 1. de feud. fine culp. non amitt. Afflict. decisi. 128. numero 20. Jaffred decisi. 125.* 44

45 Nam quilibet † etiam supremus pacta & suos contractus seruare tenetur, *capitu. 1. de natur. feud. Bald in l. ex imperfecto, Cod. de testamen. Abb. cap. Nouit. de Iud.* Quod autem sit istud priuilegium immunitatis a reis confirmatum, deponit tertius actorum testis, ad 6. & 7. articulos & 9. testis. Item 10. testis actorum ad 4. Interrog.

Nec obstat quod de necessitate allegatum est a reis. Nam non probatum est, eam tantam fuisse, vt potuerint conuenire conuentionibus ab auctore suo initis.

Concludit ergo, actores post mortem patris eorum agere posse, cum illis interea ipse praeiudicet. Et in hoc iudices bene pronuntiasse, reseruando actoribus ius futurum, & reis suas defensiones. Ceterum in eo male iudicatum putat, quod actoribus non aliter reseruarint ius agendi, quam si cum communitate vel maiori parte pagi Linden agant, quia communitas nunquam fuit in lite, nec talem immunitatem priuilegio concessam habet.

Vnde iniquum foret, si communitas nunquam agere vellet, actores non admitti ad agendum.

Quare in hoc reformandam censet sententiam, vt videlicet etiam soli, si velint admittantur. Wann die Herberge auff sie erwachsen. Reseruatis tamen suis exceptionibus reis.

Nam, vt supra dictum est, multa contingere possunt, vt aliquando agentes non obtineant. Et quia in eo sententia reformatur, mallet, si fieri posset, expensas compensare. Si tamen secus Dominis videatur, non repugnaret. Appellantes, vti temere & sine actione † litigantes, ad earundem refusionem cōdemnare, *per l. eum qui temere, de Iud. gl. in c. significantibus, de libell. oblat.* 46

Votum Domini Correferentis.

DE formalibus nil dubitat. De nullitatibus vt referens. Quoad iniquitatem. Exceptio, *agere non potes viuente patre & dissentiente eo.* Et male factum per iudices, quod litis contestationem iniunxerint, & videtur etiam nullitas, tanquam contraria sit prior sententia † posteriori, maxime post recte interpositam exceptionem. *Franc. capit. dilecto. 41. quaest. de appell.* Et potuissent partes leuari sumtibus & circuitu. *Franc. cap. 1. de lit. contest. lib. 6. limit. 39. l. 1. & 2. Cod. de ordin. cognit. Patauiens. quaest. 4. exceptio. 7. capit. 3. de except. in iudicio.* 47

Hanc etiam nullitatem non attendit. Et hanc actoribus circa expensas prodesse putat, quod non temere lit garunt aut calumniose, sed iussu iudicis. Et filius † timens grauari in fine vel bonis, potest sibi ante factum prouidere officio iudicis. *l. 3. Cod. qui bon. ced possunt. Soarez. consilio 4. numero 7. Bald. l. si super nume. 3. de transact.* quamuis sola protestatio coram iudice aut vicinis facta, sufficisset, *de nou. operat. nunt.* Et valet † processus super iure de futuro, si illud ius pendet ab eo, quod est de praesenti vt hic, licet successio sit de futuro. *Bald. l. 1. numero 11. & 12. Cod. de senten. qui sine cert. &c.* 48 49

Vel si interueniat culpa tertii, vt hic patris. Item si alia quaecunque iusta caussa interueniat, quia tunc potest quis petere pronuntiari ius ad rem sibi competere. *l. si finita. §. eleganter, de dam. infec.*

Vel aduersario, non licet rei meae seruitutem imponere. Non vsque adeo inepte † peritur de iure, quod per successionem ad liberos venturum est, *Soarez. d. consilio 4.* Seruitutem † imponere est species alienationis. *l. final. Cod. de reb. alien. non alien. l. generaliter. Cod. de secundis nupt.* Item noceret † eo casu filio suo silentium, *gloss. l. cum proponas. C. de pact. l. vxorem §. testam.* quia † etiam taciturnitas inter coniunctos inducit consensum. *l. si seruus. Cod. de donat. inter vir & vxor. Cyn. d. l. 1. de bonis mater.* Ideo cum pater non ignorarit, filios instituisse hoc iudicium contra Mulen / alium consensum eius inquirere vix debuerunt, quia † qui tacit, certiorari nō debet, & quod taciti & expressi † eadem est ratio, *l. cum quid si cert. petatur.* Imo per cessionem, quā afferunt, probare videtur satis, interuenisse 50 51 52 53 54 55

con-

consensus expressus patris, quod tamen alias opus non esset, etiam in aduentitiis, & quidem in iis, in quibus ipsi vsusfructus acquiritur, si vsumfr. pater inspiciat, quod per cessionem factam esse dubitat si probetur. *Affl. dec. 180. n. 3. Alex. cons. 106. lib. 2 num. 4 Bar. §. necessitatis num. 1. c. rc. fin Spec. de actore § 1. num. 26.* Vnde videbatur pro actoribus pronunciandum bene iudicatum.

Sed his non obstantibus concludit cum Referente, per regulam, *quod etiam in aduentitiis*, quamuis in iis terminis non simus, sed hospitium pecuniis patris emtũ pro profectitio haberi debere existimat. Sed hic aduentitium probari posse peculiũ hospitii non putat, cum ex confessione in libello cõstet, quomodo pater primus emerit. Item Vngeldt promiserit & soluat: quia filius † non habet ius in bonis paternis. *Iasl. l. solut. matr. § quod si is. n. 9 solut matrim* Sed glos. s. d. est reprobata. *Spec tit de actore*, id quod locum non habet, si pater vilis persona sit vel bannitus. *Spec. dict. loco. Frid de senis. cons. 209.* Concludit, bona a patre emta, nec affecta, liberis esse. Nec adeo † affecta, vt etiam patris heredibus omnino illis futuris, & ille alienare, vel in totum, nec in vita alienare non potuerit, qualiacunque dicamus esse bona, siue feudalia, siue Emphyteutica, siue censualia. *text. vbi Bald. l. 1. C. per quas pers. nob. acquir.* Quia † pater primus auctor huius acquisitionis, põt eã reuocare, quoad filios. *Alex. cons. 106. lib. 4. num. 8 & consi. seq.* Maxime si accipiet Emphyteusin pro se & hered. b.

Nec obstat, quod hinc inde in actis reperitur Hirßhorn ex mera liberalitate primum concessisse hospitio immunitatem dictam, quo casu iterum tanquam † beneficium tertii per patrem auferri filiis potest. *Bal. d. l. 1. nu. 16 ad fi. C. per quas pers. nob. acquir. Frid. de senis cons 228.* Imo hoc adeo verum dicunt, vt eo casu non possit vni filiorum tale beneficium prælegari. *Anchar. cons. 319. n. 2.* Non obstante, quod id habuerit originem in persona patris. Sed his non mouetur propter Lehenbrieff. Ex quibus constat emtionem esse, & pretium interuenisse. Deinde quod multi sunt, qui ab Anchar. & suis affeclis in hoc dissentiant. *Alex. d. cons. 8 num. 15. vbi Molineus.* Atque ideo, si pater † alienat bona filii, in quibus vsumfructum habet, filius viuente patre, non potest agere contra possidentem ad retractandam alienationem, quandiu est in † patris potestate, vti semper esse præsumitur, donec contrarium probetur. Ratio est, quod sicut non potest agere directo contra patrem. *l. lis nulla, de iud.* Ita nec per indirectum. *Bart. l. si constante num. 61. sol. matr. D.D. d. l. 1. Cod. de bon. matr.* sed demum aget post mortem patris. *dict. leg. 1.* modo patri heres esse non velit *l. quæ persona de R. I. Cæpoll. in tit. de suscep pro emtore.* Quare concludit, vt per Ref. pronunciandum per omnia.

De cessione nihil dicit, quam quod putat eam nunc demum probari vix posse, postquam testes in secunda etiam instantia producere debuisset. Mouetur per dicta Hippolyti *tit. de quæst. §. si qua.* Ceterum concludit cum communi opinione, consensum patris post litis contestationem amplius, si ille velit, cum effectu præstari non posse *per leg. obligari. de auct. tut. & per referentem Spec. de actore. num. 57. §. 1.* Item concludit quicquam patrem existentibus in sua potestate filiis cedere posse, maxime hic, vbi præsupposuimus actionem, quæ cessa esse prætenditur, prouenire ex caussa profectitia, non aduentitia. *Bal. leg. 3. num. 2. Cod mandati.* Erit igitur sententia in ea parte, vbi cum communitate vel maiore communitatis parte actionem tantummodo, & non solis actoribus reseruat tanquam priuilegiatis, reformanda. Expensas si fieri potest compensaret.

Votum III.

Actores videntur sibi esse contrarii. In libello dixerunt esse bona aduentitia, vel sibi vinculata: postea allegarunt cessionem. Concludit cum referentibus, vult den Anhang verwerffen / & tacite werden wir das priuilegium gut sprechen / & præiudicare, compensatis expensis.

Ego, vt referens, Comp. Expens. quod reformanda sit sententia.

Votum IV.

Concludit, illos actionem non habuisse. *Afflict. c. 1. qui success. teneãt in feud.* Cõcludit cum referente.

Votum. V.

De formalibus vt referentes. Nullitates non sunt leues, & possent dici sententiæ nullæ, sed quia testes producti, & de iure partium constat, consultius videtur, priorem sententiam, confirmare vel reformare. *Bar per l. si expressim. de appel. leg. si vt proponis 2. n. 4. C quomodo & quando.* Et ordinatio id iubet. Putat pronunciari posse diffinitiue. Concludit, actionem non competiisse, siue sint affecta † siue profectitia, vel aduentitia. Posse hanc exceptionem (*Agere non potest:*) post litis conf. ssionem opponi. *Spec. de except. §. dicto* Nec opitulatur †

cessio, quia post litis contestationem facta. *Io. Andr. ad Spec. tit. de actore. n. 37. super verb. contra.*

Pronunciandum igitur, reformandam esse sententiam, reos a prima instantia instituta actione absoluendos. Mallet inserere caussam scientiæ, quam quicquam alterutri parti reseruare, compensatis expensis, quia Iudex iussit procedere, & cessio expresse non negatur. Et plus est consentire facto, quam verbo. Et quia inter DD. est 64 dissensio, † quod tempus requiratur ad consensum impetrandum, *Malef. in repert. in verbo. filiusfam. potest. Rota d'cis. 10. de Iud. 6. num. 2. indistincte loquitur.* Et quia sententia reformatur.

Votum VI.

D. Concludit cum referente.

Votum. VII.

D. Similiter non esse bona aduentitia.

Tenor Sententiæ.

In Sachē Hans Henrich Bereyter zu Schwindsauff / & consortem in actis benant/ Appellanten Eins/ contra Bürgermeister vnnd Raht der Statt Mulen Appellaten Andersttheils / ist allem Vorbringen nach zu Recht erkant/ daß die Vrtheil voriger Instantz zu reformieren sey/ als wir auch dieselbige hiemit reformieren. Nemlich der Gestalt/ daß gedachte Appellaten von der in jetztermelter Instantz angestelten Klage zu absoluieren vñ erledigen seyē/ als wir sie dann davon absoluiern vnd erledigen. Doch daß gemeltem Appellanten / so die Articulirte Herberg auff sie gäntzlich komen / oder erwachsen / als denn / ob sie wöllen auch allein zu klagen: Deßgleichen dem Appellaten alle jhre gebührende Exception vnnd Defension dargegen vorzuwenden vnbenommen / sonder hiemit respectiue vorbehalten seyn sol / compensatis expensis.

DEC. II. VOTVM VI.

In caussa, Georg Christoff Geigers.

Contra.

Elisabetham Rückling.

Iustiniani & legis Aquiliæ.

SVMMARIA.

1. *Appellatio intra 10. dies fieri debet.*
2. *Appellatio, siue prouocatio, quæ fit meliore forma iuris, an videatur intra decennium esse facta, a quo scripto.*
3. *Appellationem vanuisse nec desertam esse, in dubio pronunciandum est.*
4. *Actio de dolo cui competat.*
5. *Actio de dolo est subsidiaria, & tum demum competit, cum nulla alia prodita est.*
6. *Actio vtilis serui corrupti cui & quibus detur.*
7. *Mariti interest uxoris animum non corrumpi.*
8. *Actio in factum cui & ad quid detur: ex ea oritur accusatio criminalis ad pœnam.*
9. *Actio subsidiaria in factum vel ex l. Aquilia quando competat, & in quid, & qua de re.*
10. *Damnum dare videtur qui caussam damni dat.*
11. *Cumulatio actionum in Praxi quotidiana est, & de iure tolerabilis.*
12. *Iniuriarum agi potest principaliter & secundario, incidenter & consequenter ad damna & interesse.*
13. *In actione serui corrupti quid probari debeat.*
14. *In actione in factum seruari debet solemnitas legis libellorum, id est, inseri tempus & locus admissi criminis.*

15 In

15 *In actione legis Aquiliæ ostendi debet damnum datum.*
16 *In iniuriarũ & Aquiliæ actione permixta animus iniuriandi probandus est.*
17 *Marito honesto uxorem non laudari interest.*
18 *Opem præstans uxori delinquenti, summa iniuria adficit maritum, & sane maiori, quam si quis filium volentem ludere, meretricari faciat aut ad popinam ducat.*
19 *Patri datur actio iniuriarum aduersus seducentes filium.*
20 *Maritus patitur iniuriam ex uxore.*
21 *Adulterium uxoris grauius est quam si filius occidatur.*
22 *Malæ vitæ qui est, etsi non præsumatur eam emendare, tamen propter desistentiam a malo viuendi genere, & reuersionem ad frugem fingitur nouus homo.*
23 *Præsumtio mali animi inter coniuges omnis tollitur per reconciliationem.*
24 *Mulier bona antea mala ex conuersatione malarum præsumitur mala.*
25 *Damni occasionem dans damnum dedisse videtur.*
26 *Auxilium delinquenti præstans habetur pro consilio delicti.*
27 *Præsumtiones pregnantes ad condemnandum sufficiunt.*
28 *Consilii occulti particeps dicitur is, qui ad id auxilium præstat.*
29 *Ignorantia in delictis, & ubi quis illicitæ rei operam dat, non excusat.*
30 *Recipere sciens quis delinquentem dicitur, si delictum est notorium & publicum.*
31 *Receptator, si velit conscientiã a mala suspicione liberare, statim receptores eiicere debet, & rem prudenter magistratui significare.*
32 *Damnum iureiurando probari potest.*
33 *Contumelia & infamia animum iniuriandi præsumit, nisi contrarium probetur.*
34 *Actionum cumulatio permittitur.*
35 *Maritus uxorem adulteram si reduxerit, amplius accusare non potest.*

IN NOMINE
Domini. Amen.

QVOAD formalia, licet difficultas occurrit, quod circa primam appellationem expresse non constat, quo die sit appellatum, circa secundam scriptone, an verbis: tamen videtur non valere appellatio per auth. *hodie Cod. de appel.* ubi † disponitur, quod debet intra 10. dies appellari. Sed tamen, quia ex verbis Iudicis Ingolstadiani, quibus fatetur, appellantes † coram se prouocasse meliori forma iuris, satis concludenter inferri videtur, intra decendium, atque etiam scripto appellatum, ex quo alter de iuris optima forma appellari non potuit. Vel si id necessario non sequitur, saltem dubia fiunt formalia per modo dicta verba, in bester Form rechtens. In dubio autem pronuntiandum, valuisse † appellationem, nec caussam esse desertam *secundum Castr. leg. 1. si quis caut. Decius cons. 83. in fin. & cons. 445. n. 45. Vant. quib. modis sententia nulla reformetur. n. 123.* Parte contraria nil opponente & Iudicibus a quibus deferentibus appellationi, prout hic, putauerit pronuntiari posse in principali, hoc defectu non obstante. Et sic placuit Dominis, cum de formalibus interrogarentur. Secundo obstare videtur nullitas allegata ab appellante: sed tamen, quia in caussa appellationis, de stylo iudiciorum Ducatus Bauariæ, secundum quem nemini denegatur, etiam corã appellationis iudice nõ deducta deducere. Item quia ex actis Cameræ liquidum fit, in quibus noui nihil deducitur, actori circa merita caussæ nullum præiudicium fieri, & sic dato alias nullitatem admissam, eam tamen principali negotio non præiudicare. Ea etiam allegatione non obstante, concludit ut s. & sic descendendo ad submissionem huius caussæ super admissione grauaminum, quærit, an illa ipsa sint admittenda? Et concludit, quod non 1. quia nõ continet, nisi in prima instantia deducta. 2. Quia nõ videtur, etsi noua deducerent, aliquas nouas probationes actori superesse. Vnde grauaminib. reiectis, & caussa ex officio pro conclusa acceptata, deducit merita, et 1. *de actione. 2. an probata. 3. de defensionib. rea. 4. de sententia.*

De actione.

QVoad actionẽ, videri posset de dolo actio intentata, ppter fraudulenta cõsilia, quæ † cõpetit ei, qui damnũ accipit dolo malo alicuius: Vt si quis aduersus aliquem dolose versetur, fraudulenter consulendo. *Mont. Crisp. de term. act. n. 30. per leg. quod si eum scires, & l. si quis affirmauerit, de dolo. text. & Decius l. consilii, de R. I.* Idque videtur ostendi posse ex definitione doli. Verum, quia negari non potest, quin aliæ actiones quoque proditæ sint, hoc casu non putat de dolo dandam, cum † subsidiaria sit, & tum demum competat, cum nulla alia prodita est. *a. l. 1. in pr. ibi. si de his rebus alia actio non competat l. ideoq. C de dolo. l. de dolo. C. eodem.* Vnde utilis pposita † videtur de seruo corrupto. *Rot. p. 1 de act. seru. corrup. vers. si autem al. quis. & Crisp. ubi supr. de ter. act. per l. ut tantum, §. de filio, & ibi Bar. de ser. corrup.* Et quamuis modo d. locis tantum mentio fiat filii vel filiæfam.

cessio, quia post litis contestationem facta. *Io. Andr. ad Spec. tit. de actore. n. 37. super verb. contra.*

Pronuntiandum igitur, reformandam esse sententiam, reos a prima instantia instituta actione absoluendos. Mallet inserere caussam scientiæ, quam quicquam alterutri parti reseruare, compensatis expensis, quia Iudex iussit procedere, & cessio expresse non negatur. Et plus est consentire facto, quam verbo. Et quia inter DD. est 64 dissensio, † quod tempus requiratur ad consensum impetrandum. *Mils. in repert. in verbo. filiusfam. potest. Rota d. vis. 10. de Iud. 6. num. 1. indistincte loquitur.* Et quia sententia reformatur.

Votum VI.

D. Concludit cum referente.

Votum. VII.

D. Similiter non esse bona aduentitia.

Tenor Sententiæ.

IN Sachē Hans Henrich Bereyter zu Schwindauff / & consortem in actis benant/Appellanten Eins/ contra Bürgermeister vnnd Raht der Statt Mulen Appellaten Anderstheils / ist allem Vorbringen nach zu Recht erkant/ daß die Vrtheil voriger Instantz zu reformieren sey / als wir auch dieselbige hiemit reformieren. Nemlich der Gestalt/ daß gedachte Appellaten von der in jetztermelter Instantz angestelten Klage zu absoluieren vñ erledigen seyē/ als wir sie dann davon absoluiern vnd erledigen. Doch daß gemeltem Appellanten / so die Articulirte Herberg auff sie gäntzlich komen / oder erwachsen / als denn / ob sie wöllen auch allein zu klagen: Deßgleichen dem Appellaten alle jhre gebührende Exception vnnd Defension dargegen vorzuwenden vnbenommen / sonder hiemit respectiue vorbehalten seyn sol / compensatis expensis.

DEC. II. VOTVM VI.

In caussa, Georg Christoff Geigers.

Contra.

Elisabetham Rückling.

Iustiniani & legis Aquiliæ.

SVMMARIA.

1 *Appellatio intra 10. dies fieri debet.*
2 *Appellatio, siue prouocatio, quæ fit meliore forma iuris, an videatur intra decennium esse facta, a quo scripto.*
3 *Appellationem venisse nec desertam esse, in dubio pronuntiandum est.*
4 *Actio de dolo cui competat.*
5 *Actio de dolo est subsidiaria, & tum demum competit, cum nulla alia prodita est.*
6 *Actio vtilis serui corrupti cui & quibus detur.*
7 *Mariti interest vxoris animum non corrumpi.*
8 *Actio in factum cui & ad quid detur: ex ea oritur accusatio criminalis ad pœnam.*
9 *Actio subsidiaria in factum vel ex l. Aquilia quando competat, & in quid, & qua de re.*
10 *Damnum dare videtur qui caussam damni dat.*
11 *Cumulatio actionum in Praxi quotidiana est, & de iure tolerabilis.*
12 *Iniuriarum agi potest principaliter & secundario, incidenter & consequenter ad damna & interesse.*
13 *In actione serui corrupti quid præstari debeat.*
14 *In actione in factum seruari debet solemnitas legis libellorum, id est, inseri tempus & locus admissi criminis.*

15 In

15 *In actione legis Aquiliæ ostendi debet damnum datum.*
16 *In iniuriarũ & Aquiliæ actione permixta animus iniuriandi probandus est.*
17 *Marito honesto uxorem non laudari interest.*
18 *Opem præstans uxori delinquenti, summa iniuria adficit maritum, & sane maiori, quam si quis filium volentem ludere, meretricari faciat aut ad popinam ducat.*
19 *Patri datur actio iniuriarum aduersus seducentes filium.*
20 *Maritus patitur iniuriam ex uxore.*
21 *Adulterium uxoris grauius est quam si filius occidatur.*
22 *Mala vita qui est, etsi non præsumatur eam emendare, tamen propter desistentiam a male viuendi genere, & reuersionem ad frugem fingitur nouus homo.*
23 *Præsumtio mali animi inter coniuges omnis tollitur per reconciliationem.*
24 *Mulier bona antea mala ex conuersatione malæ iterum præsumitur mala.*
25 *Damni occasionem dans damnum dedisse videtur.*
26 *Auxilium delinquenti præstans habetur pro conscio delicti.*
27 *Præsumtiones pregnantes ad condemnandum sufficiunt.*
28 *Consilii occulti particeps dicitur is, qui ad id auxilium præstat.*
29 *Ignorantia in delictis, & vbi quis illicitæ rei operam dat, non excusat.*
30 *Recipere sciens quis delinquentem dicitur, si delictum est notorium & publicum.*
31 *Receptator, si velit conscientiã a mala suspicione liberare, statim receptos eiicere debet, & rem prudenter magistratui significare.*
32 *Damnum iureiurando probari potest.*
33 *Contumelia & infamia animum iniuriandi præsumit, nisi contrarium probetur.*
34 *Actionum cumulatio permittitur.*
35 *Maritus uxorem adulteram si reduxerit, amplius accusare non potest.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVOAD formalia, licet difficultas occurrit, quod circa primam appellationem expresse non constat; quo die sit appellatum, circa secundam scriptotẽ, an verbis: tamen videtur non valere appellatio 1 per auth. *hodie Cod. de appel.* vbi † disponitur, quod debet intra 10. dies appellari. Sed tamen, quia ex verbis Iudicis Ingolstadiani, quibus fatetur, appellantes † coram 2 se prouocasse meliori forma iuris, satis concludenter inferri videtur, intra decendium, atque etiam scripto appellatum, ex quo aliter de iuris optima forma appellari non potuit. Vel si id necessario non sequitur, saltem dubia fiunt formalia per modo dicta verba, in bester Form rechtens. In dubio autem pronuntiandum, valuisse † ap- 3 pellationem, nec caussam esse desertam *secundum Castr. leg. 1. si quis caut. Decius cons. 83. in fin. & cons. 445. n. 45. Vant. quib. modis sententia nulla reformetur. n. 123.* Parte contraria nil opponente & Iudicibus a quibus deferentibus appellationi, prout hic, putauerit pronuntiari posse in principali, hoc defectu non obstante. Et sic placuit Dominis, cum de formalibus interrogarentur. Secundo obstare videtur nullitas allegata ab appellante: sed tamen, quia in caussa appellationis, de stylo iudiciorum Ducatus Bauariæ, secundum quem nemini denegatur, etiam corã appellationis iudice nõ deducta deducere. Item quia ex actis Cameræ liquidum fit, in quibus noui nihil deducitur, actori circa merita caussæ nullum præiudicium fieri, & sic dato alias nullitatem admissam, eam tamen principali negotio non præiudicare. Ea etiam allegatione non obstante, concludit vt s. & sic descendendo ad submissionem huius caussæ super admissione grauaminum, quærit, an illa ipsa sint admittenda? Et concludit, quod non 1. quia nõ continet, nisi in prima instantia deducta. 2. Quia nõ videtur, etsi noua deducerent, aliquas nouas probationes actori superesse. Vnde grauaminib. reiectis, & caussa ex officio pro conclusa acceptata, deducit merita, et 1. *de actione. 2. an probata. 3. de defensionalib. rea. 4. de sententia.*

De actione.

QVoad actionẽ, videri posset de dolo actio intentata, ppter fraudulenta cõsilia, quæ † cõpetit ei, qui damnũ accipit dolo 4 malo alicuius: Vt si quis aduersus aliquem dolose versetur, fraudulenter consulendo. *Mont. Crisp. de term. act. n. 30. per leg. quod si eum seires, & l. si quis affirmauerit, de dolo. tex. vi. & Decius l. consiliu, de R. I.* Idque videtur ostendi posse ex definitione doli. Verum, quia negari non potest, quin aliæ actiones quoque proditæ sint, hoc casu non putat de dolo dandam, cum † subsidiaria sit, 5 & tum demum competat, cum nulla alia prodita est. *a. l. 1. in pr. ibi. si de his rebus alia actio non competat l. ideoq. C de dolo. l. de dolo. C eodem.* Vnde vtilis pposita † videtur de 6 seruo corrupto. *Rot. p. 1 de act. seru. corrup. vers. si autem al. quis. & Crisp. vbi supr. de ter. act. per l. vt tantum, §. de filio, & ibi Bar. de de seru. corrup.* Et quamuis modo d. locis tantum mentio fiat filii vel filiæfam.

tamen per interpretationem idem dicendum de vxore, cum & in vxore militet ratio, quam exprimit Iurisconsultus. *de leg. 7 auth. tantum. §. de fi. io.* Interest † enim mariti non parũ, vxoris animum non corrũpi. Vnde eadem debet esse iuris determinatio *l. 1. §. 1. de fonte* Facitque quod Rot. ibidem notat, si quis forte caussariam vel socium alicuius corrumperet. Vel dicamus actionem in factum institutam ad interesse, & sic ad persecutionem rei familiaris, 8 quæ datur ex omni delicto, vnde † criminalis oritur accusatio ad pœnam, *per text. & Bar. l. qui nomine de falsis l. hodie. §. 1. eodem. l. fin. & ibi not. de priuat. delic. l. nec quicquam pro socio.* Accusationi autem locum fore in proposito, si falsa non sunt, quæ ab actore allegantur, putat dubium non esse. *per text. l. qui demum & l. etsi amicis. l. mater autem. cum ibi not. de adult.* aut ex alio capite posset oriri accusatio *per text. §. interdum quoque. Inst. de obl g. quæ ex q. delic. nasc. leg. si seruus seruum. §. si quis de manu. ad leg. Aquil. cum seq.* Vel dicamus actum subsidiaria in 9 factum † vel l. Aquil. vtili actione, quæ cõpetit quotiescunque a non corpore in non corpus damnum mihi eueniat, & sic occasione iniuriæ vel damni, dolo vel culpa alicuius euenientis. *Inst. de l. Aquil. §. vlt. Rot. p. 1. d. si seruum. § fin. ad l. Aquil.* Videtur enim 10 † damnum dare, qui caussam damni dat. *d. l. item si obstetrix, ad l. Aquil.* vel etiam iniuriarum permixtim & l. Aquil. vtili in factũ 11 subsidiaria actione, quæ † cumulatio in praxi quotidiana est, & de iure tolerabilis, ex quo in regulas cumulationum actio non incidit. *Lanfr. in rubr. de caussa poss. & propriet. vers. secundo præmitto* . Vel dicamus principaliter iniuriarum actum, secundarie 12 autẽ, incidenter † & consequenter, ad damna & interesse, quod fieri potest, *per glos. l. qui seruum, in verb. exercere potest. de act. & obl. text. & ibi Bal. nu. 1. in l. dominium. C. de iniur. Salyc. d. l. num. 2. l. sed & si. quemadmodum. vbi Ab. ad l. Aquil.* Putat magis vtramque actionem simul propositam, æq; principaliter iniuriarum & in factum, propter expressam actoris declarationem in aliquot productis, se æque principaliter ad vtrumq; agere.

An probata.

Nil putat probatum, percurrendo omnes actiones. Nam quoad actionem 13 serui corrupti, probari † debuit, suasu & consiliis reæ corruptam esse vxorem suam, id est, ex bona malã factam, vel ex mala deteriorem. Ita hoc verbum exponit Iuriscõsultus. *l. 1. §. persuadere. §. sed vtrum, de seru. corr. Rot. p. 1. de act. ser. corr. in pr.* Si vero ciuiliter actum in factum dicere volumus ad interesse ex crimine, tunc † seruari de- 14 buit solemnitas legis libellorũ, id est, inseri tempus & locus admissi criminis. *Mar. p. 4. 1. distinct. num. 30.* Si † vtili. l. Aquiliæ, vel 15 in factum surrogata actione, ostendi reuera debuit damnum datum. *l. hoc apertius. & l. proinde, ad l. Aquil §. fin.* Item damnum dictũ contigisse sine culpa eius, qui passus est. Nam eius aliqua culpa concurrente, non posset in hoc iudicio vincere. *dict. l. si obstetrix §. fin.* Si iniuriarum † permixtim vel l. 16 Aquiliæ, tunc hæc eadem deducenda fuerunt, tunc etiam iniuriandi animus ex parte reæ. *l. illud. l. non solum, de iniur.* vel tale effectum, ex quo necessario veniat colligendus animus iniuriandi. *l. 1. C. de sicar. l. si non conuitii. de iniur. vbi Salyc.* verbi gratia: Factum, scriptum, gestus vel verba iniuriosa. Illis enim modis fit iniuria. *leg. 1. §. 1. de iniur.*

Sed illa requisita necessario non sunt probata, Ergo nec actiones. Accedit, quod illud naufragium rei totius domesticæ, de quo actor vnice conqueritur, sua culpa contigit, ex quo vel mediocris paterfamilias res suas tueri, etiam digressa a se vxore, potuisset, vnde se incusare debet. Item, quod e re & dignitate boni viri est, potius vxorem vagabundam, toties profugam, nõ habuisse, vel saltem post diuortium non recepisse.

An elisa?

Qvod nõ concludit. Quo ad sententiã, per proximum Iudicem, bene iudicatum, male appellatum, compensando ex æquitate quadam erga bonum maritum expensas.

Votum Correferentis.

Circa formalia appellationis nil dicit, quia ab initio discussa sunt, nec de nullitatibus. Grauamina non admittit per rationes domini refer. Et nil probari potest vltra, nisi per iuramentum. Ad cuius delationem grauaminibus non putat opus. Acceptat caussam pro conclusa.

De actione.

Fel. *e sicut dignum. n. 11. de homicidio*, putat agi de dolo, sed quia concludit, iniuriam magis principaliter quam damnum actorem prosequi, & quia extraordinaria & odiosa sit, concludit iniuriarum & simul vtilem l. Aquiliæ subsidiariam, vel in factũ actionem institutam esse, eamque competiisse vtilem magis, quam serui corrupti. *l. 1. de ser. corr. l. vt tantum. ibid.* Etsi vix vllum interesse pecuniarium liquidum expresse pro-

probatū existimat, tamen, quia satis interest, † marito honesto vxorem non laudari, & sine ea si solus rem domesticam minus commode al cuius iniuria administrare cogatur. Et verisimile fit in recuperandis vestibus, in vestiganda vxore, accedendo ad Iudicem, eum non potuisse non aliquos sumtus facere, & fint tales, quemadmodum iniuriæ æstimatio, iuramento probari solet, ideo has actiones cumulat. Iniuriarum actionem putat competere ob præstationem ædium.

An Probata.

18 PRæstans † opem, domum, &c. vxori delinquenti, afficit summa iniuria, & longe atrociori, quam si quis filium volentem ludere, meretricari, vel quid aliud parum liberale facere, faciat, aut ad popinam ducat. Quibus casibus † actionem iniuriarum patri competere dubium non est. *Host. § cui detur. num. 5. & Azo. num. 11. de iniur. In suis summis.* Ex vxore autem iniuriam † maritus patitur. § *patitur. Inst. & Cod de iniur. l. 2.* inque eius animo tacet, de honestate publica, de qua *l. 1.* Adulterium † vxoris est grauius, quam si filius occidatur. *Apost. est ad l. codicillis § pen. de leg. 2. DD. in l. aux. l. um.* Quam si probatum fuerit, opem & consilium, aut auxilium a rea actoris vxori præstitum, quocunque modo, iniuriam statim satis probatam putabit, & necessario sequi. Sed certum est ex actis, quod non tantum durante lite illa inter coniuges zu Hoflatt / rea d. adulterum domi suæ contra expressam mariti voluntatem fouerit, sed etiam, & ad maritum facta reconciliatione redierat, & bonæ frugis esse cœperat. Nam qui † malæ vitæ est, etsi non præsumatur eam emendare: tamen propter desistentiam a male viuendi genere, & reuersionem ad frugem, fingitur nouus homo. *Bal. l. 1. de Magistr. conuen.* Et per reconciliationem d. coniugum, de quo satis hic constat, omnis præsumtio † mali animi tollitur. *Marsil. leg. 1 § praterea. n. 102.* Item postquam constat, quam dolose vestes adultera transmittere conata sit, & quomodo falsas literas scripserit, vt hoc efficeret: constat ex depositione, quam inhoneste hæ duæ vixerint, & alia multa de damno perpesso, & similia vehementissima indicia, quæ ad condemnationem vim probationis habent in delictis. Ex mala enim conuersatione, † de qua hic patet, bona, iterum præsumitur mala effecta & vitiosa. *leg. adi es. §. prodig. de adil. edict.* Et sic arguit, maritum graui iniuria affectum; quia qui damni † occasionem dat, damnum dedisse videtur. *cap. fin. de iniur. leg. nihil interest, de sicar.* Ceterum iuris præsumtione certum est, si † quis post delictum perpetratum, auxilium fert, ante vel post recipiat, aut comitetur, aut literas saltem scribat: *lege prima §. fin. ad leg. Iul.* Aut quomodocunq; aliter opem, consilium, fauorem ei præstiterit. *Bal. leg. 1. Cod. de corrup. ser. n. sixto in verb. Auxilium*, communicato consilio recipientis, eoque sciente delictum commissum esse, *Feln. d. cl. cap. sicut dignum, numer. 4.* Et quidem illa præsumtio adeo firma est, vt contrarii probatio committenti vel opem ferenti incumbat, *Bal. leg. non ideo minus. Cod. de accusat. Hippo leg. si quis in rixa. de sicar. nume. 38.* atque propterea nunc pari, nunc mitiori pœna iuxta negotii qualitatem puniendus veniat. *DD. late lege prima. Cod. de rapt. virg. Salyc.* Quod hic, quia pœnæ prosecutio ad nos non spectat, locum non habet. Concludit illas prægnantes † præsumtiones ad condemnandam ream actori sufficere, *Cy. leg. sciant. Cod. de testibus.*

An elisa.

ET sunt exceptiones potissimæ, quod sola non receperit, quod permittente prætore, quod cum ignorantia, quod ignoranter, quod a senatu mulctata semel puniri amplius non debeat. Verum hæc omnia non obstant: Nam satis est post reconciliationem solam, ream illam adulteram, sine aliqua prætoris permissione, aut † mariti scientia, & recepisse, & auxilium ei abeunti præstitisse, vnde occulti consilii particeps dicitur. *Salyc. d. l. vnic. Cod de rapt. Bal. leg. qui data opera. Cod. qui accusare non possunt.* Ignorantiam non potest prætendere, cum in delictis, & vbi quis † illicitæ rei operam dat, ignorantia non excuset. Et sciens quis dicatur quem recipere, si delictum † est publicum ac notorium, vti reæ hic fuit, dum fatetur, paulo ante se mulctatam fuisse *g. of. & Bar. leg. 1. de recepta.* Imo debuit conscientiam a mala suspicione exoneratura, non tantum † statim adulteram eiicere, sed etiam prudenter rem marito significare. *Fel. dict. cap. sicut dignum est.* Quod a senatu mulctata est, ei non opitulatur. Primo ob expressam reseruationem senatus iuris actoris, quod nusquam negatur, & ille affert reseruationis probationem, & si illa facta non fuisset, nihilominus suam iniuriam prosequi, & pro suo interesse agere potuisset. Dato etiam, quod ad suam instigationem rea a senatu mulctata prius fuisset, *Boerius*

ad consuet. B. turic. titul. de iuriad. §. 17. vbi glos. quod damnum nec liquidatum nec etiam probatum sit, contra communem theoricam iuris, quam ponit Hippol. *singu. 338. incip. exstat statuta.* Id quoque non refert, quia sufficit iniuria maritum affectum probatum esse, & quod damnum, qualecunque † illius sit, iureiurando, sicut ipsam ipsius iniuriæ æstimationem, adhuc probari possit, *per supra dicta circa actionem, Rot. in act. de ser. corr. circa fin. Et quæ habentur Instit. de iniur. §. pœna.* Subsecuta tamen æstimatione iudicis. *Pet. Iac. de act. iniur. ex l. Cornel. num. 5.* Quare concludit, probatam actionem, non elisam, & pronuntiandum, male in proxima instantia pronuntiatum, bene appellatum, & primam sententiam reformandam esse, der Gestalt/ si actor iuret, quod malit de suo 40. adiudicatos sibi florenos communes amittere, dann solche sibi per ream zugefügte iniuri, Spott/ Hohn/ Schaden/ vnd Saumbsall/ adhuc semel pati, Daß solches gehört werden/ & fieri debeat, quod iuris, prius præstito iuramento, quod rea actori die Summ der 40. in der ersten Vrtheil zu erkanten gülden / in Zeit derselben Vrtheil einverleibt/ auch die Gerichtskosten allenthalben auffgelauffen/ zuerlegen vnnd zubezahlen schuldig sey / ad quod ream condemnat.

32

Quo ad expensas, si Domini putarint propter sententiam, quam pro se rea habet. Item ideo, quod per præsumtiones magis, quam probationes veras, actor obtinet / vnd daß er auch ahnjhme selbst non honestissimus, sed quod adulteram toties receperit, leuior, expensas compensandas non repugnat: mal et tamen in iis ream condemnare, quia dolo ab initio non careat, rei licitæ nunquam studuerit, & forma quid nouitatis sit allatura.

Votum III.

QVoad formalia vt Referentes. Quoad grauamina, dicit, non admittenda. Caussam pro conclusa acceptat.

Quoad actionem, videri potest, actum serui corrupti vtili, quia ex narratione & petitione sumitur actio. Concludit actum iniuriarum & ad demnum subsidiaria in factum, & quod coniungi possint, *glos. l. damnum, de iniur. C. & ibi Faber.*

Anprobata.

ANimum iniuriandi probatum putat, & ipsa contumelia † & infamia animū iniuriandi præsumit, nisi contrarium probetur. *Blancus in sua praxi crim. §. visis indiciis.* Imo & dolum probatum esse per text. *l. 1. §. quod autem, & l. dolo, de seru. corr. & Bur. & DD. l. 1. § qui seruum in fuga, de acquir. poss. Foll. in praxi crim. § item quod fuit. n. 5. & 8.* Concludit animum iniuriandi & fraudem multis indiciis ostensum. Concludit non elisam, & damnum probatum, quod eo ipso, quod diuertit culpa reæ, vir caruerit illius opera & ministerio. Pronuntiat, vt corref. exprimendo aliquam summam.

33

Votum. IV.

QVoad formalia & nullitates vt referentes. Concludit in factum † & iniuriarum actione conueniri ream. quæ cumulatio permittitur. *l. si quis. § sed etsi ad l. Aquil. l. 1. eodem tit.*

34

An probata.

ET certe hic non temere negatiue responderi potest. Nam cum in illis duabus actionibus concurrentibus, cum duæ sint æstimationes, alia iniuriæ, alia damni. *dict. leg. sed etsi. 1. §. iniuriam, ad leg. Aquil.* Damnum vero specifice nullum plane probatum, similiter nec iniuria, quod scilicet rea animo iniuriandi maritum, vel in eius contumeliam, vxorem receperit, ne dicat, etiamsi qua iniuria illata sit, tum maritus adulteram reduxerit, vt eam † non amplius accusare potuerit. *leg. si vxor § si quis. & §. vlt. de adult. cap. quemadmodum, de iureiur.* Si quoque omnem iniuriam remisisse videatur, ideoque iniuriarum agere nequeat, quemadmodum libellus etiam nec locum nec tempus continet. Dubium est, an, & qua ratione rea condemnari & pro actore æstimatio fieri possit, tamen ex ipsius rei indignitate, reæ confessione productis attestationibus, senatus testimonio, vnd daß sie selbst ein leichtfertig Weib/ & ideo capta & mulctata fuit a senatu, ne posthmodo in sua malitia glorietur & actori insultet, putat, man könte sich nit vergreiffen/ si caussa pro conclusa acceptetur, si reformando primi Iudicis sententiam, actore de iniuria & damno simul prius iurante, in 40. condemnaretur aureos, vestes omittendo, quæ mulieris propriæ fuerunt, compensatis expensis. *iuxt. not. Spec tit. de exp. §. nūc videndū restat. n. 8. vers. quid de appellato.* Item quod ex præsumtionibus condemnatio fiat, & sententia reformetur.

35

Tenor Sententiæ.

IN Sachen Georg Christoff Geigers/ Appellanten Eins contra Elisabetham Rückling/ Appellatin Andertheils/

theils / seind die vorbrachte Grauamina nit / sondern die Sach vor beschlossē hiemit angenommen. Darauff vnnd zu allem Fürbringen nach zu Recht erkant / daß durch Richter nechst vorgehender Instantz vbel geurtheilt / wol davon Appellirt / vnnd die Vrtheil erster Instantz zu reformieren sey / als wir sie auch hiemit reformieren / nemlich der Gestalt / möge vnnd wölle gedachter Appellant ein Eydt zu Gott / vnnd auff das Heilig Euangelium schweren / daß er lieber die zuerkante 40. gülden von dem seinigen verlieren / oder so viel entberen / dann jhme durch ermelte Appellatin zugefügte in actis angezogene Schmach / Schaden vnnd Saumbsal gedulden vnnd leiden / vnd er thut daß also oder nicht / ferner ergehen sol / was Recht ist.

Præstito Iuramento.

IN Sachen vt supra, fiat sententia, vt in aliis caussis factum est, compensatis expensis.

DEC. II. VOTVM VII.

In caussa, Stösser / Perlenstein / vnd Adelhand.

Contra.

Adelhandt.

Actio præscriptis verbis ex arbitramento seu transactione super dote instituta.

SVMMARIA.

1 *Iudex nullus excepto solo principe sententiam definitiuam a se prius dictam reuocare, corrigere, vel sub quouis etiam erroris prætextu emendare potest.*

2 *Declaratio siue* Leuterung *sententia in Saxonia ex consuetudine recepta, & eundem sortitur effectum, quam appellatio. Item in Camera n. 3. Et hac consuetudo de iure sustineri potest.*

4 *Maritus procurator vxoris est etiam absque mandato. n. 3.*

5 *Dotis dominium ad maritum pertinet.*

6 *Sententia, laudum, arbitramentum vnde dignoscatur.*

7 *Arbitratoris viam elegisse in dubio quis semper præsumitur.*

8 *Arbitramentum quid.*

9 *Ex arbitramento quæ actio competat.*

10 *Remittere vel cedere in iure perinde est ac facere.*

11 *Transactio in quamlibet speciem contractus innominati cadere potest.*

Cedo quid significet.

12 *Cedens actionem rem ipsam dare dicitur.*

13 *In transactione locus non est pœnitentiæ. & num. 16.*

14 *Pœnitentia locum habet in contractibus innominatis & num. 16.*

15 *Frangenti fidem fides frangatur eidem.*

17 *Exceptio non adimpleti contractus etiam post litem contestatam opponi potest.*

18 *Præscriptis verbis actio vt competat, quid requiratur.*

19 *Transactio est contractus vltro citroque obligatorius licet innominatus & improprius.*

20 *Facto vbi opus est, verba non sufficiunt.*

21 *Cedere est dare.*

22 *Præscriptis verbis actio ex facto non perfecte adimpleto dari potest, propter tacitam voluntatem.*

SVMMARIA.

1 *Appellatio, quæ non fit coram Notario, an sit inualida.*
Appellationis vice priuata scriptura iudici porrecta, & actis caussæ per Notarium insinuata, appellationis vim obtinet, illique defertur.
2 *Sine actione nemo experitur.*
3 *Exceptio, tibi non competit actio, est intentionis & facti, & cur dicatur intentionis & facti, nu. 4.*
5 *Exceptionis tibi non competit actio, vis & effectus.*
6 *Exceptio tibi non competit actio opponitur ad merita caussæ etiam post litem contestatam.*
7 *Actor vbi actione caret, Reus absoluendus est, etiam si ab eo non opponatur.*
8 *Sententia vbi sequitur sine actione, iudiciū est nullum nisi sit absolutoria.*
9 *Filius an possit agere de bonis paternis, nōdum acquisitis, patre adhuc superstite.*
10 *Filius viuente patre nihil iuris habet in bonis etiam quoad legitimam.*
11 *Heredem in vita nemo potest habere.*
12 *Heres quis dicitur dumtaxat post mortem.*
13 *Fateri quis dicitur ea, quæ ponit in libello.*
14 *Ad feudum concessum pro se & suis heredibus filii post mortem patris demum veniunt.*
15 *Pater potest filiis præiudicare in feudo nouo.*
16 *Pater potest feudum nouum in præiudicium filiorum alienare.*
17 *Feudum concessum pro se & suis heredibus est hereditarium.*
18 *Factum patris nocet filio in feudo nouo.*
19 *Præmature & inepte agit qui fundat iudicium super futuro.*
20 *Canon annuus præsumit Emphyteusin, nō feudum.*
21 *Feudum impropriū est, ex quo canon annuus persoluitur.*
22 *Feudum proprium & Emphyteusis idem sunt.*
23 *Argumenta a feudo ad Emphyteusin & contra procedunt.*
24 *Feudū concessum pro se & heredibus suis non transit, nisi ad heredes patris.*
25 *Pater iuribus concedentibus, potest Emphyteusin in vita sua alienare.*
26 *Pater est vsufructuarius bonorum maternorum.*
25 *Filii non possunt esse in iudicio ratione bonorum maternorum, nec patronum constituere, sine patris consensu, & eo consensu deficiente, iudicium est nullum, & nu. 28.*
29 *Quia & in quacunque parte iudicii defectus consensus paterni opponi potest.*
30 *Isque consensus debet interuenire ante litem contestatam, vel saltem in litis contestatione: & debet esse expressus, nu. 32.*
31 *Iudicii forma deducitur ad suā caussam, vbi lis contestatur.*
32 *Narrata metiuntur ius actoris.*
34 *Caussa, vt releuet, debet esse talis, vt ex ea necessario metiamur ius petendi.*
35 *Actione nondum nata licet nasci speretur, dicitur libellus ineptus.*
36 *Sententia debet esse conformis actioni.*
37 *Exceptiones dilatoriæ opponendæ sunt ante litem contestatam.*
38 *Cessio actionis, cuius in libello mentio facta non est, in iudicium deducta non videtur.*
39 *Cessio actionis ante litis contestationem & sententiam fieri debet.*
40 *Res transit ad heredes cum suo onere.*
41 *Nemo plus iuris potest in alium transferre, quam ipse habet.*
42 *Filius tam diu præsumitur in patris potestate donec contrarium probetur.*
43 *Filio in potestate patris constituto non potest cedi actio sed emancipato.*
44 *Priuilegium non potest inuito eo, cui concessum est, reuocari, si transierit in vim contractus.*
45 *Princeps supremus quilibet pacta & sues contractus seruare tenetur.*
46 *Appellantes temere & sine actione litigātes, ad impensarum refusionem merito condemnandi.*
47 *Sententia prior contraria posteriori nulla est.*
48 *Filius timens grauari in fine vel bonis, potest sibi ante factum prouidere officio iudicis.*
49 *Processus super iure de futuro valet, si illud tamen pendet ab eo, quod est de præsenti, licet successio sit de futuro.*
50 *Inepte de iure non petitur, quod per successionem ad liberos venturum est.*
51 *Seruitutem imponere species est alienationis.*
52 *Filio tacenti, si grauari se sentiat, nocet suum silentium.*
53 *Taciturnitas inter consanguineos inducit consensum.*
54 *Sciens certiorari amplius non debet.*
Taciti & expressi eadem ratio, numero 55.
56 *Filius non habet ius in bonis paternis.*
57 *Pater primus acquisitor Emphyteseos potest eam renouare quoad filios.*
59 *Beneficium certis per patrem filiis auferri non potest.*

60 Fili-

60 *Filius, alienante patre bona eius, in quibus usumfructum habet, non potest agere ad retractandam alienationem, quamdiu est in patris potestate.*

61 *Filius in patris potestate esse præsumitur, donec contrarium probetur.*

62 *Exceptio, agere non potes post litis contestationem opponi potest.*

63 *Cessio actionis ante litis contestationẽ fieri debet.*

64 *Ad consensum patris, ut filius possit esse in iudicio, quod tempus requiratur.*

IN NOMINE DOmini. Amen.

IN Mandatis Procuratorum nihil desiderat, ubi maritus constituit pro uxore, nec constitit de ratificatione uxoris.

Quoad formalia, nil desiderat. Nam 7. Iuli Anno 56. lata est sententia. Decimo tertio eiusdem appellatum est in scriptis ad Cameram. 19. Nouembris reproducitur. Nec putat appellationem inualidam, 1 quod non sit † coram Notario appellatum, sed sufficere, quod priuata scriptura sit iudici porrecta, & per Notarium caussæ actis inserta, appellationi delatum, & per eoidẽ appellat. sit intimata, *per tradita Franc. cap. vt debitus. numero 12. & 13 de appellat. & cap. 1. in prin. numero 11. & in cap. appellatio, in prin. eodem tit. lib. 6. Anchar. idem tenet, Clem. caussam, numero 8. & ibi Imol. numero 56. & Cardin. numero 4. de elect.* Cum ergo hic per scripturam priuatam sit appellatum & delatum, concludit recte appellatum.

De nullitate, etsi multa dici possent, videlicet quod actores sine actione egerint, quod non habuerint personam standi in iudicio citra consensum patris, quod libellus sit sibi contrarius, & prorsus ineptus: tamen illis & aliis nullitatibus non attentis, super iniquitate pronuntiandum putat, tum quia non principaliter, sed incidenter esset deducta, tum quia constet de meritis caussæ. Constat autem ex actis prioris instantiæ oppositum fuisse per reos, actoribus actionem non competere.

Quæ quæstio, cum præiudicialis sit, ni-2 mirum † cum sine actione nemo experiatur. *l. si pupill. §. videamus, cum ibi alleg. per gl. in verbo: Non habuerit*, eam ante omnia examinabit.

Ad cuius decisionem præmittit, quod 3 hæc † exceptio, *tibi non competit actio*, est intentionis & facti. *gloss. mag. l. vbi pactum, quæ communiter approbatur per DD. Cod. de transact. DD. l. nam & postea, de iureiurand. Bart. in l. cum quærebatur, iudicat. solui. Ioan. Andr. in cap. 1. de litis contest. a. in 6. Socin. ca. 1. numero 34. de lit. contest.* Dicitur autem intentionis vel facti, † quoniam per talem 4 exceptionem asseritur, actionem nõ competere de præsenti, nec vnquam competiisse. *Iaso. in l. qui s. deb. re. numero 10. de condict. caussa data.* Atque hæc † exceptio est 5 talis naturæ, vt opposita litis contestationem impediat. *Bart. d. l. nam & postea. num. 7 vbi Zas. nume. 8. de iureiur. Angel. in l. vir bonus iudicat. sol.* Potest & hæc exceptio † 6 opponi ad merita caussæ post litem contestatam. *DD. d. l. nam & postea. Franc. d. ca. 1. nu. 10. Inst. de act. Schurff. consil. 11. numero 1. vol. 2.*

Secundo præmittit, quod quando constat actorem actione carere, † tunc reum 7 esse absoluendum, etiamsi non opponatur a reo. *gloss. l. si vnus. § pactus & ibi Bart. num. 20. de pact. gloss. d. l. vbi pactum, numero 11. vbi Iaso. Cod. de transact. gloss. l. licet caussam. de except. Felin. cap. ad aures. nume. 3. de præscript.*

Tertio † præmittit, si agitur sine actio-8 ne, & sequitur sententia, iudicium est nullum, nisi sit absolutoria sententia. *Guido singul. 618. per l. Beluis in ff. de pact.* Nunc ad rem.

Primo dicẽdum, *an agere potuerint & proprio iure & propria persona? II. An vigore cessionis per patrem factæ agere potuerint?*

Ad primum, quod † agant sine actione, ex consequentibus caussis sibi liquere contendunt. *Prima*, quod rei agant super bonis, quæ pater eorum emit, & adhuc possidet, eique, cum adhuc superstes sit, heredes esse non possint, & sic actione carere. *Secunda caussa*: dato, non tamen concesso, actoribus post mortem matris eorum, vti contendunt, bona gabellis onerata esse, iis effecta: tamen quia eorundem parens administrationem habeat & vsumfructum, nõ filiis competere, sed patri exercitium actionis, nec eos sine consensu eius hoc casu agere posse. *Tertia caussa*, dato, actorum patrem metu coactum, quod tamen negatur soluere Ungeldt/ tamen soli patri non etiam filiis competere actionem, quod metus caussa. *Quarta caussa*: Libellum ineptum esse, vt cuius petendi caussa cum instituta actione pugnet, nimirum titulum emtionis & possessionis prætendentes, cum nec ipsi emerint, nec possideant.

Ex libello & literis emtionis vel Lehenbrieff constat, actorum patrem pro se & suis heredibus emisse a Cassiano de Hirschhorn die Herberge zu Grossensindeen/ & etiã nunc possidere. vt fatentur in libello & replicis fol. 18. Ex quibus liquet, actores in possessione fundare se non posse, nec in-

tereſſe prætēdere, nimirum cum pater eorum emit, ideoque de illis pro libitu disponere poteſt, *text. l. qua ratione. §. hoc quoque, de acquir. rer. dominio*. Et iuris, quod
10 viuente patre, † nil iuris in bonis habeat filius, etiam quoad legitimam, *per l. 1. §. ſi impuberi. de collat bon. Rom. l. non ſolum. numero 11 ſolu. matrim. Iaſo. l. 15. poteſt. numero 20. cum ſequen de acquir. hered. Guido. deciſ. 486. ſub fi. numero 1. Iaſon. in l. is qui tempora'i. §. ſed et ſi quis. numero 4. de iureiurand. Bald. l. liberti. numero 17. Cod. de oper. libert.* Præterea facit, quod actores hic non poſ-
11 ſent agere, vt heredes patris, cum † in vita nemo poſſit habere heredem. *l. 1. de hered. & act. vend.* Vnde heres dicitur duntaxat
12 † poſt mortem, *Barto. l. Gallus. § quidem. numero 7. de lib. & poſthum.* Ex quibus infertur, quod actores non vt poſſeſſores, nec vt heredes pro ſuo intereſſe agere poſſint, & vt proprio nomine agere non poſſunt, ita nec nomine patris, *per l. ſi longius. §. filiusfam. de iud.*

Secunda cauſſa a reis allegata, quod actoribus nulla competat actio, non mi ius eſt releuans. Nam primo probatum non eſt, bona poſt mortem matris eorum reis affecta eſſe, & a reis negatur. Patet ex duplicis eorum fol. 24. Imo iuris communis præſumtio, quod patris ſint propria, eſt in contrarium, & ipſorum actorum confeſſio, dum in libello dicunt, patrem eorum
13 emiſſe bona ab Hirſhorn. Fateri † enim quis dicitur, quæ ponit in libello, *l. cum pretium. Cod. de liberali cauſſa. Socin. cap. 2. numero 120. & cap. 3. numero 63 de libell. oblat.* Cum ergo ius commune ſit in contrarium, debebant ſtatutum, vel conſuetudinem in contrarium, cum ſint facti, allegare & probare. *l. 1. Cod quæ ſit longa conſuet.* Sequitur reos, actoribus ſuam intentionem nō probantibus, abſoluendos.

Nec ad rem facit, quod pater eorum emerit feudum pro ſe & ſuis heredibus, vt patet ex inueſtitura, quod per hoc illis ius quæſitum ſit. Nam id intelligitur in feudo
14 † & Emphyteuſi ordine ſucceſſiuo, vt filii demum veniant poſt mortem patris. *Notat Bald. l. 2. numero 26 in 2. lect. & ibi Iaſo. numero 224. Cod. de iure Emphy. Aluar. cap. 1. numero 5. an agnatus vel vaſallus. Alexand. conſilio 27 numero 5. lib. 5.*
15 Et cum hic † ſimus in feudo nouo, vt patet ex inueſtitura, pater poteſt filiis præiudicare, *§. ſi vaſallus culpā, ſi de feud. defun. controuerſ. fue. gloſſ. §. hoc quoque, & ibi Aluar. nume. 5. de ſucceſſ. feud. Et ibi Poluiſo. ſequitur Brunus. conſilio 115. numero 13. in feudalib.* Quare nec ex hac cauſſa actores intereſſe prætendere poſſunt, nec impedire, quominus pater det Vngeldt. Cum in totum † hoc caſu poſſit feudum in eorum, 16
præiudicium alienare. *Afflict. deciſ. 112. nu. 6. late Curt. in tr. feud. in 4. parte quæſt. 8.* Accedit, quod hoc feudum ſit conceſſum Niclas Bachholtzen & ſuis † heredib. ideo- 17
que hereditarium, *per tradita Curt. d. tr. p. 1. quæſt. 8. numer. 19. Iſer. cap. 1. in pr. & d. §. hoc quoque.* Quo † caſu etiam factum patris no- 18
cet filio. *Ioan. Andr. in Add. ad Spec. §. fin. de feud. in additi. liter. D. Schurff. conſilio 136. num 4 in feudalib.* Et eo caſu non poſſunt actores venire ad feudum, niſi ſint heredes. *Cur. d. p. 1. q. 8. num. 19.* At hic nondum conſtat, an actores ſint futuri heredes patris ſui. Multa enim accidere poſſunt, vt non ſint heredes. Proinde liquet, eos † præma- 19
ture agere & inepte, fundando iudicium ſuper futuro, *per l. non quemadmodum. Coſt. in l. non poteſt videri. de Iud. in fi.*

Nec obſtat, Canonem † annuum ſolui, 20
& ideo potius Emphyteuſim, quam feudum videri. *Bald. l. liberti. nume. 36. C. de operis libert. Idem in rubr. de iure Emphyt. Et ibi Bart. l. 1.* Nam † nihilominus manet feu- 21
dum, licet improprium. *capit. 1. de feud. non habente propriam naturam feudi, Curt. d. tr. par. 1. quæſt. 6. per tot. & num. 28. cum ſequen.* Si quis tamen mallet diuerſorium hoc Emphyteuſim † appellare, non refert, quia idē 22
ſunt. *Curt. in 1. p. vltim. impreſſ. quæſt 6.* Et argumēta a feudo ad Emphyteuſin, † & con- 23
tra procedere docet, *Iaſ. l. 1. nu. 60. C. de iur. Emphy.* Quod generaliter verum eſt, ſi ius commune non repugnet. Et quod ſupra dictum eſt, actores non poſſe conſequi feudum, ſiquidem conceſſio † facta eſt ſibi, 24
ac ſuis heredibus, niſi ſint heredes patris: hoc etiam locum habet in Emphyteuſi. *Bald. c. 1. num. 15. Et ibi poſt Iſer. Aluar. nu. 5. & 6. & Prapoſ. nu. 4. tr. an agn. vel fil. Iaſ. poſt alios l. 2. nu. 226. C. de iure Emphyt.* qui dicit, hanc eſſe communem.

Ad † hæc facit, quod pater poſſit in vita 25
Emphyteuſin alienare, id quod iura illi cōcedunt. *Bald. c. 1. nu. 15. An agn. vel fi. num. 5. lib. 5. & conſi. 8. lib. 3. Ioan. de Platea. l. 1. in pr. Cod. de feud. pater. lib. 11.* Ex quibus liquet, quod actores, ex eo, quod oneratum ſit diuerſoriū mit Vngeldt / ſit feudum vel Emphyteuſis, patri eorum & heredibus conceſſum, nondum ius habeant agendi.

Iam vero dato, bona fuiſſe affecta matris eorum, tamen quia pater habet, † eo- 26
rundem vſumfructum vti cōſtat ex confeſſione actorum, *l. 1. Cod. de bon matern. Et ibi DD.* Ideo conſtitutum, vt ratione eorundem non poſſint eſſe in iudicio, nec patronū conſtituere † ſine patris cōſenſu. *tex. ex-* 27
preſ. l. cū non ſolū. §. neceſſi. vbi gl. Ba. Bal. Caſt.

Cod. de

C. de bon. quaelibet. cap. fin. & ibi Ioan. Andr. & Franc. de Iud. in 6. Bart. l. si longius. §. si filius. numero 3. de Iud. Lanfranc. in sua praxi. cap. quemadmodum contra. cap. 7. de confessi. numero 13 & ibi ad tit. Iaso. l. 2. §. 1. nume. 18. sol. ma. r. Tholo. dec. fi. 175. Ang. in §. actionum autem. numero 12. & sequ. de act. inst. Consensus enim iustus † exigitur † ad solemnitatem, quo deficiente nullum est iudicium, *Spec. tit. de actore. numer. 22. cum seqq. Franc. d. c. fi. §. huiusmodi. num. 2. de Iud. in 6.*

29 Et defectus † consensus paterni potest in quacunque parte iudicii opponi, *allegatis per Franc. Marcum decis. Parlamenti Delphinalis decis. 69 num 6.* Atque hanc communem esse testatur Vantius *tr. de null. t. ex defectu inhabilitatis, numer. 39. & seq.* Debet

30 autem † consensus interuenire ante litem contestatam, vel saltem in litis contestatione, *Bal. d. §. necessitate. nu. 9. & ibi Castr. nu.*

31 *8. & 11, Ang. l. licet. de Iud.* Tunc † enim forma iudicii deducitur ad suam caussam. *Bald. d. §. necessitate.* Si autẽ post litem contestatã consensus interueniat, non validatur iudicium, *in d. §. necessitate, vbi Bald. & Castr. & communiter DD. approbant. Idem Bald. l. si cum dotem. § eo autem ipso. Et ibi Castr. solut. matrim. Lanfranc. super d. loco. Caepoll. decisio 306. & ibi additio. Vant. vbi supra. num. 44. Ias. in l. si quis mihi bona de acqui. hered.*

32 *num. 20.* Debet † autem pater expresse cõsentire. *Bart. d. §. necessitate. Franc. d. cap. fin. de Iud. in 6.* Vnde etiam liquet, quod nec allegata ab actoribus, in grauaminibus cessio vsusfructus & iurium, non prosit actoribus, quia facta post litem contestatam.

Tertia caussa, quod pater actorum metu coactus, haec nõ probata est. Et dato, quod probata esset saltem patri daretur actio. *l. si quidem §. fin. quod met. causs.* Quarta caussa ineptitudo est libelli.

33 Praemittit primo, quod ex narratis ius † metiamur actoris. *l. si ex plagis. §. in cliuo. ad l. Aquil.* Putat hanc caussam esse releuantem,

34 & talis debet † esse caussa, vt ex ea necessario metiamur ius petendi. *Innoc. cap. 1. & 2. de litis contest.*

35 Secundo praemittit, quod quãdo † actio nondum nata est, licet nasci speretur, dicitur libellus ineptus, quia ex illo non concluditur ius agendi, *l. 2. Cod. de formulis.* Et omnia, quae sequuntur, sunt inualida. *Notat Mathesilanus singul. 9.*

36 Tertio praemittit † sententiam debere esse conformem actioni. *Bald. l. 1. C. si plures in vna sententia.* His praemissis constat, actores in libello narrare patrem emisse pro se & diuersorium & suis heredibus. Et sic patet, eos intentasse possessorium retinendae, vel actionem ex empto. Sed haec nõ competunt, vnde libellus ineptus. *Bald. l. edita. C. de edendo. Soc. c. 2. nu. 20. de libell. oblat.* Et si pronunciaretur iuxta libellũ, tũc expressus error iuris committeretur. Pronũctiãdum foret, actores in der erkauffte gerechtsame/ vel quasi possessione tuẽdos, in qua nunquã fuerunt. Concludit exceptionem, *tu non es audiendus, quia non habes actionem*, recte a reis obiici, sed dubitari hic posset, an quia ante litem contestatam oppositae & intentatae sint, an post litem contestatam, iterum

37 opponi potuerint ad merita caussae, cum nonnullae eorum † dilatoriae sint, & ante litem contestatam opponendae. *l. exceptionem. Cod. de prob.* Et concludit, eas ad merita caussae recte oppositas. *per Zas. l. ait praetor. 2. de iureiur. nume. 11.* vbi dicit, se ita practicasse *Soc. capit. fin. numer. 51. circa med. de lit. contest. Boer. in sing. in verb. exceptio. l. eleganter. de condict. indeb. §. si quis.* Concludit ex praedictis omnibus, actores ex sua persona nullum ius agendi habere.

Verum, quia in grauaminibus allegatur, patrem reorum lite pendente, vsumfructũ cessisse, & sic consolidatione vsusfructus cum proprietate facta, quaeritur, an ex persona patris vigore illius cessionis obtinere possit? Et breuiter concludit, quod non.

I. Quia non cõstat, cessionem esse factam.

II. Vt ut facta sit, tamen non valeret, quia in libello nulla eius mentio facta est,

38 ideoque non videtur † in iudicium deductum, sed opus noua instantia. *l. non potest videri, vbi Castr. de iud. c. 2. de libell. oblat.*

III. Dato, quod constet cessionem factam esse, tamen per hoc non validaretur

39 iudicium, quia post litis † contestationem & sentẽtiam facta est, *per supra deducta, text. l. si quis §. iustum. nu. 20. & 21.*

IV. Constat, actorum patrẽ promisisse Vngeldt/ vt deponunt reorum testes, ad interrogator. 51 Articuli, & ad 19 articulum. Item 1 t. test. reorum ad 15. Art. Sicut igitur prior eorum tenetur ad Vngeldt/ dum viuit, ita et eius filii, siquidem tenentur diuersorium † accipere cum suo onere. *l. via*

40 *constituti. §. si fundus. de seru. prad. rust. capit. ex literis. de pignor.* Nec ipse pater plus iuris

41 transferre † potuit in filios, quam ipse habuit *l. nemo plus iuris de Reg. Iur.*

V. Facit, quod actores, quibus cessio facta praetenditur, tam diu sunt † in pote-

42 state patris, donec contrarium probetur. *l. hi emancipati ibi: neque emancipatum. Cod. de collat. Boer. singu. 44. in verb. fictio.* At filio in potestate constituto non potest cedi

43 † actio, sed requiritur, quod sit emancipatus *Bald. l. 3. num. 2. Et ibi Sal. nume. 2. Cod. Mandati.*

Nec obstat, quod id fallit in aduentitiis, *vt ibi Bald.* Quoniam probatum non est, bona esse aduentitia, quin potius de contrario constat. Ex quibus omnibus concludit, actor bus neque ex proprio iure, neque ex cessione paterna actionem competere.

Quid pronuntiandum.

EX supra dictis recte liquere putat, fuisse absolutos reos, saluo tamen actoribus iure agendi, so die angezogene Herberg gäntzlich auff sie gefallen. Constat enim allegatum priuilegium immunitatis natorum patri ab Hirßhorn concessum, pretio, scilicet Canone annuo mediante transiisse in vim contractus, ideoque non † posse inuito actorum patre reuocari. *per l. fundum. Cod de feud. va rim. cap. 1. de feud. sine culp. non amitt. Afflict. decisi. 128. numero 20. Jaffred decisi. 125.* 44

Nam quilibet † etiam supremus pacta & suos contractus seruare tenetur, *capitu. 1. de natur. feud. Bald in l. ex imperfecto. Cod. de testamen. Abb. cap. Nouit. de Iud.* Quod autem sit istud priuilegium immunitatis a reis confirmatum, deponit tertius actorum testis, ad 6. & 7. articulos & 9. testis. Item 10. testis actorum ad 4. Interrog. 45

Nec obstat quod de necessitate allegatum est a reis. Nam non probatum est, eam tantam fuisse, vt potuerint conuenire conuentionibus ab auctore suo initis.

Concludit ergo, actores post mortem patris eorum agere posse, cum illis interea ipse praeiudicet. Et in hoc iudices bene pronuntiasse, reseruando actoribus ius suum, & reis suas defensiones. Ceterum in eo male iudicatum putat, quod actoribus non aliter reseruarint ius agendi, quam si cum communitate vel maiori parte pagi Linden agant, quia communitas nunquam fuit in lite, nec talem immunitatem priuilegio concessam habet.

Vnde iniquum foret, si communitas nunquam agere vellet, actores non admitti ad agendum.

Quare in hoc reformandam censet sententiam, vt videlicet etiam soli, si velint admittantur. Wann die Herberge auff sie erwachsen. Reseruatis tamen suis exceptionibus reis.

Nam, vt supra dictum est, multa contingere possunt, vt aliquando agentes non obtineant. Et quia in eo sententia reformatur, mallet, si fieri posset, expensas compensare. Si tamen secus Dominis videatur, non repugnaret. Appellantes vti temere & sine actione † litigantes, ad earumdem refusionem cõdemnare, *per l. eum qui temere, de Iud. gl. in c. significantibus, de libel. li. oblat.* 46

Votum Domini Correferentis.

DE formalibus nil dubitat. De nullitatibus vt referens. Quoad iniquitatem. Exceptio, *agere non potes viuente patre & dissentiente eo.* Et male factum per iudices, quod litis contestationem iniunxerint, & videtur etiam nullitas, tanquam contraria sit prior sententia † posteriori, maxime post recte interpositam exceptionem. *Franc. capit. dilecto. 41. quaest. de appell.* Et potuissent partes leuari sumtibus & circuitu. *Franc. cap. 1. de lit. contest. lib. 6. limit. 39. l. 1. & 2. Cod. de ordin. cognit. Pataviens. quaest. 4. exceptio. 7. capit. 3. de except. in iudicio.* 47

Hanc etiam nullitatem non attendit. Et hinc actoribus circa expensas prodesse putat, quod non temere litigarunt aut calumniose, sed iussu iudicis. Et filius † timens grauari in fine vel bonis, potest sibi ante factum prouidere officio iudicis. *l. 3. Cod. qui bon. ced. possunt. Soaretz. consilio 4. numero 7. Bald. l. si super nume. 3. de transact.* quamuis sola protestatio coram iudice aut vicinis facta, sufficisset, *de nou. operat. nunt.* Et valet † processus super iure de futuro, si illud ius pendet ab eo, quod est de praesenti vt hic, licet successio sit de futuro. *Bald. l. 1. numero 11. & 12. Cod. de senten. qui sine cert. &c.* 48 49

Vel si interueniat culpa tertii, vt hic patris. Idem si alia quaecunque iusta caussa interueniat, quia tunc potest quis petere pronuntiari ius ad rem sibi competere. *l. si finita. §. eleganter, de dam. infec.*

Vel aduersario, non licet rei meae seruitutem imponere. Non vsque adeo inepte † peritur de iure, quod per successionem ad liberos venturum est, *Soaretz. d. consilio 4.* Seruitutem † imponere est species alienationis. *l. final. Cod. de reb. alien. non alien. l. generaliter. Cod. de secundis nupt.* Item noceret † eo casu filio suo silentium, *gloss. l. cum proponas. C. de pact. l. vxorem. §. testam.* quia † etiam taciturnitas inter coniunctos inducit consensum, *l. si seruus. Cod. de donat. inter vir. & vxor. Cyn. d. l. 1. de bonis mater.* Ideo cum pater non ignorarit, filios instituisse hoc iudicium contra Mulen, alium consensum eius inquirere vix debuerunt, quia † qui tacit, certiorari nõ debet, & quod taciti & expressi † eadem est ratio, *l. cum quid si cert. petatur.* Imo per cessionem, quã afferunt, probare videtur satis, interuenisse 50 51 52 53 54 55

con-

consensus expressus patris, quod tamen alias opus non esset, etiam in aduentitiis, & quidem in iis, in quibus ipsi vsusfructus acquiritur, si vsumfr. pater inspiciat, quod per cessionem factam esse dubitat si probetur. *Affl. dec. 180. n. 3. Alex. consil. 106. lib. 2 num. 4 Bar. § necessitatis num. 1. c rc. fin Spec. de actore § 1. num. 26.* Vnde videbatur pro actoribus pronuntiandum bene iudicatum.

Sed his non obstantibus concludit cum Referente, per regulam, *quod etiam in aduentitiis*, quamuis in iis terminis non simus, sed hospitium pecu. iis patris emtũ pro profectitio haberi debere existimat. Sed hic aduentitium probari posse peculiũ hospitii non putat, cum ex confessione in libello cõstet, quomodo pater primus emerit. Item Bugeldt promiserit & soluat: 56 quia filius † non habet ius in bonis paternis. *las. l. solut. matr. § quod si is. n. 9 solut. matrim.* Sed gloss. d. est reprobata. *Spec tit. de actore*, id quod locum non habet, si pater vilis persona sit vel bannitus. *Spec. dict. loco. Fed. de senis. cons. 209.* Concludit, bona a patre emta, nec affecta, liberis esse. Nec adeo 57 † affecta, vt etiam patris heredibus omnino illis futuris, & ille alienare, vel in totum, nec in vita alienare non potuerit, qualiacunque dicamus esse bona, siue feudalia, siue Emphyteutica, siue censualia. *text. vbi Bald. l. 1. C. per quas pers. nob. acquir.* 58 Quia † pater primus auctor huius acquisitionis, potest eã reuocare, quoad filios. *Alex. consil. 106. lib. 4. num. 8 & consil. seq.* Maxime si accipiet Emphyteusin pro se & hered. b.

Nec obstat, quod hinc inde in actis reperitur Hirßhorn ex mera liberalitate primum concessisse hospitio immunitatem 59 dictam, quo casu iterum tanquam † beneficium tertii per patrem auferri filiis potest. *Bal. d. l. 1. nu. 16 ad fi. C. per quas pers. nob. acquir. Fred. de senis cons. 228.* Imo hoc adeo verum dicunt, vt eo casu non possit vni filiorum tale beneficium prælegari. *Anchar. cons. 319. n. 2.* Non obstante, quod id habuerit originem in persona patris, Sed his non mouetur propter Lehenbrieff. Ex quibus constat emtionem esse, & pretium interuenisse. Deinde quod multi sunt, qui ab Anchar. & suis asseclis in hoc dissentiant. *Alex. d. cons. 8 num. 15. vbi Molineus.* Atque 60 ideo, si pater † alienat bona filii, in quibus vsumfructum habet, filius viuente patre, non potest agere contra possidentem ad retractandam alienationem, quandiu est in 61 † patris potestate, vti semper esse præsumitur, donec contrarium probetur. Ratio est, quod sicut non potest agere directo contra patrem. *l. lis nulla, de iud.* Ita nec per indirectum. *Bart. l. si constante num. 61. sol. matr. DD. d. l. 1. Cod. de bon. matr.* sed demum aget post mortem patris. *dict. leg. 1.* modo patri heres esse non velit. *l. quia persona de R. I. Cæpoll. in tit. de suscep pro emtore.* Quare concludit, vt per Ref. pronuntiandum per omnia.

De cessione nihil dicit, quam quod putat eam nunc demum probari vix posse, postquam testes in secunda etiam instantia producere debuisset. Mouetur per dicta Hippolyti *tit. de quæst. § si qua.* Ceterum concludit cum communi opinione, consensum patris post litis contestationem amplius, si ille velit, cum effectu præstari non posse *per leg. obligari de auct. tut. & per referentem Spec. de actore. num. 37. § 1.* Item concludit quicquam patrem existentibus in sua potestate filiis cedere posse, maxime hic, vbi præsupposuimus actionem, quæ cessa esse prætenditur, prouenire ex caussa profectitia, non aduentitia. *Bal. l. leg. 3. num. 2. Cod. mandati.* Erit igitur sententia in ea parte, vbi cum communitate vel maiore communitatis parte actionem tantummodo, & non solis actoribus reseruat tanquam priuilegiatis, reformanda. Expensas si fieri potest compensaret.

Votum III.

ACtores videntur sibi esse contrarii. In libello dixerunt esse bona aduentitia, vel sibi vinculata: postea allegarunt cessionem. Concludit cum referentibus, vult den Anhang verwerffen / & tacite werden wir das priuilegium gut sprechen / & præiudicare, compensatis expensis.

Ego, vt referens, Comp. Expens. quod reformanda sit sententia.

Votum IV.

COncludit, illos actionem non habuisse. *Afflict. c. 1. qui success. teneãt in feud.* Cõcludit cum referente.

Votum. V.

DE formalibus vt referentes. Nullitates non sunt leues, & possent dici sententiæ nullæ, sed quia testes producti, & de iure partium constat, consultius videtur, priorem sententiam, confirmare vel reformare. *Bar per l. si expressim. de appel. leg. si vt proponis. 2. n. 4. C quomodo & quando.* Et ordinatio id iubet. Putat pronuntiari posse diffinitiue. Concludit, actionem non competiisse, siue sint affecta † siue profectitia, vel 62 aduentitia Posse hanc exceptionem (*Agere non potest*) post litis confessionem opponi. *Spec. de except. § dicto* Nec opitulatur † 63

cessio, quia post litis contestationem facta. *Io. Andr. ad Spec. tit. de actore. n. 37 super verb. contra.*

Pronuntiandum igitur, reformandam esse sententiam, reos a prima instantia instituta actione absoluendos. Mallet inserere caussam scientiæ, quam quicquam alterutri parti reseruare, compensatis expensis, quia Iudex iussit procedere, & cessio expresse non negatur. Et plus est consentire facto, quam verbo. Et quia inter DD. est

64 dissensio, † quod tempus requiratur ad consensum impetrandum. *Mils. in repert. in verbo. filiusfam. potest. Rota d. tis. 10. de Iud. 6. num. 1. indistincte loquitur.* Et quia sententia reformatur.

Votum VI.

D. Concludit eam referente.

Votum. VII.

D. Similiter non esse bona aduentitia.

Tenor Sententiæ.

In Sachē Hans Henrich Bereyter zu Schwindauff / & consortem in actis benant/ Appellanten Eins/ contra Bürgermeister vnnd Raht der Statt Mulen Appellaten Anderstheils / ist allem Vorbringen nach zu Recht erkant/ daß die Vrtheil voriger Instantz zu reformieren sey/ als wir auch dieselbige hiemit reformieren. Nemlich der Gestalt/ daß gedachte Appellaten von der in jetztermelter Instantz angestelten Klage zu absoluieren vñ erledigen seyē/ als wir sie dann davon absoluiern vnd erledigen. Doch daß gemeltem Appellanten / so die Articulirte Herberg auff sie gäntzlich komen / oder erwachsen / als denn / ob sie wöllen auch allein zu klagen: Deßgleichen dem Appellaten alle jhre gebührende Exception vnnd Defension dargegen vorzuwenden vnbenommen / sonder hiemit respectiue vorbehalten seyn sol / compensatis expensis.

DEC. II. VOTVM VI.

In caussa, Georg Christoff Geigers.

Contra.

Elisabetham Rückling.

Iustiniani & legis Aquiliæ.

SVMMARIA.

1 *Appellatio intra 10. dies fieri debet.*
2 *Appellatio, siue prouocatio, quæ fit meliore forma iuris, an videatur intra decennium esse facta, a quo (ripto.*
3 *Appellationem valuisse nec desertam esse, in dubio pronuntiandum est.*
4 *Actio de dolo cui competat.*
5 *Actio de dolo est subsidiaria, & tum demum competit, cum nulla alia prod ta est.*
6 *Actio vtilis serui corrupti cui & quibus detur.*
7 *Mariti interest vxoris animum non corrumpi.*
8 *Actio in factum cui & ad quid detur: ex ea oritur accusatio criminalis ad pœnam.*
9 *Actio subsidiaria in factum vel ex l. Aquilia quando competat, & in quid, & qua de re.*
10 *Damnum dare videtur qui caussam damni dat.*
11 *Cumulatio actionum in Praxi quotidiana est, & de iure tolerabilis.*
12 *Iniuriarum agi potest principaliter & secundario, incidenter & consequenter ad damna & interesse.*
13 *In actione serui corrupti quid probari debeat.*
14 *In actione in factum seruari debet solemnitas legis libellorum, id est, inseri tempus & locus admissi criminis.*

15 *Io*

15 *In actione legis Aquiliæ ostendi debet damnum datum.*
16 *In iniuriarũ & Aquiliæ actione permixta animus iniuriandi probandus est.*
17 *Marito honesto uxorem non laudari interest.*
18 *Opem præstans uxori delinquenti, summa iniuria adficit maritum, & sane maiori, quam si quis filium volentem ludere, meretricari faciat aut ad popinam ducat.*
19 *Patri datur actio iniuriarum aduersus seducentes filium.*
20 *Maritus patitur iniuriam ex uxore.*
21 *Adulterium uxoris grauius est quam si filius occidatur.*
22 *Malæ vitæ qui est, etsi non præsumatur eam emendare, tamen propter desistentiam a male viuendi genere, & reuersionem ad frugem fingitur nouus homo.*
23 *Præsumtio mali animi inter coniuges omnis tollitur per reconciliationem.*
24 *Mulier bona antea mala ex conuersatione malè alterum præsumitur mala.*
25 *Damni occasionem dans damnum dedisse videtur.*
26 *Auxilium delinquenti præstans habetur pro conscio delicti.*
27 *Præsumtiones pregnantes ad condemnandum sufficiunt.*
28 *Consilii occulti particeps dicitur is, qui ad id auxilium præstat.*
29 *Ignorantia in delictis, & vbi quis illicitæ rei operam dat, non excusat.*
30 *Recipere sciens quis delinquentem dicitur, si delictum est notorium & publicum.*
31 *Receptator, si velit conscientiã a mala suspicione liberare, statim receptos eiicere debet, & rem prudenter magistratui significare.*
32 *Damnum iureiurando probari potest.*
33 *Contumelia & infamia animum iniuriandi præsumit, nisi contrarium probetur.*
34 *Actionum cumulatio permittitur.*
35 *Maritus uxorem adulteram si reduxerit, amplius accusare non potest.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVOAD formalia, licet difficultas occurrit, quod circa primam appellationem expresse non constat, quo die sit appellatum, circa secundam scriptore, an verbis: tamen videtur non valere appellatio 1 per auth. *hodie Cod. de appel.* vbi † disponitur, quod debet intra 10. dies appellari. Sed tamen, quia ex verbis Iudicis Ingolstadiani, quibus fatetur, appellantes † coram 2 se prouocasse meliori forma iuris, satis concludenter inferri videtur, intra decendium, atque etiam scripto appellatum, ex quo aliter de iuris optima forma appellari non potuit. Vel si id necessario non sequitur, saltem dubia fiunt formalia per modo dicta verba, in bester Form rechtens. In dubio autem pronuntiandum, valuisse † ap- 3 pellationem, nec caussam esse desertam *secundum Castr. leg. 1. si quis caut. Decius cons. 83. in fin. & cons. 445. n. 45. Vant. quib. modis sententia nulla reformetur. n. 123.* Parte contraria nil opponente & Iudicibus a quibus deferentibus appellationi, prout hic, putauerit pronuntiari posse in principali, hoc defectu non obstante. Et sic placuit Dominis, cum de formalibus interrogarentur. Secundo obstare videtur nullitas allegata ab appellante: sed tamen, quia in caussa appellationis, de stylo iudiciorum Ducatus Bauariæ, secundum quem nemini denegatur, etiam corã appellationis iudice nõ deducta deducere. Item quia ex actis Cameræ liquidum sit, in quibus noui nihil deducitur, actori circa merita caussæ nullum præiudicium fieri, & sic dato alias nullitatem admissam, eam tamen principali negotio non præiudicare. Ea etiam allegatione non obstante, concludit vt s. & sic descendendo ad submissionem huius caussæ super admissione grauaminum, quærit, an illa ipsa sint admittenda? Et concludit, quod non 1. quia nõ continet, nisi in prima instantia deducta. 2. Quia nõ videtur, etsi nouã deducerent, aliquas nouas probationes actori superesse. Vnde grauaminib. reiectis, & caussa ex officio pro conclusa acceptata, deducit merita, et 1. *de actione. 2. an probata. 3. de defensionalib. rea. 4. de sententia.*

De actione.

QVoad actionẽ, videri posset de dolo actio intentata, ppter fraudulenta cõsilia, quæ † cõpetit ei, qui damnũ accipit dolo 4 malo alicuius: Vt si quis aduersus aliquem dolose versetur, fraudulenter consulendo. *Mont. Crisp. de term. act. n. 30. per leg. quod si eum sciens, & l. si quis affirmauerit, de dolo. text. & Decius l. consilii, de R. I.* Idque videtur ostendi posse ex definitione doli. Verum, quia negari non potest, quin aliæ actiones quoque proditæ sint, hoc casu non putat de dolo dandam, cum † subsidiaria sit, 5 & tum demum competat, cum nulla alia prodita est, *a. l. 1. in pr. ibi. si de his rebus alia actio non competat l. ideoq. C de dolo. l. de dolo. C eodem.* Vnde vtilis pposita † videtur de 6 seruo corrupto. *Rot. p. 1 de act. seru. corrup. vers. si autem al. quis. & Crisp. vbi supr. de ter. act. per l. vt tantum, §. de filio, & ibi Bar. de de seru. corrup.* Et quamuis modo d. locis tantum mentio fiat filii vel filiæfam.

tamen per interpretationem idem dicendum de vxore, cum & in vxore militet ratio, quam exprimit Iurisconsultus. *de leg. auth. tantum. §. de fi. io.* Interest † enim mariti non parũ, vxoris animum non corrũpi. Vnde eadem debet esse iuris determinatio *l. 1. §. 1. de fonte* Facitque quod Rot. ibidem notat, si quis forte caussariam vel socium alicuius corrumperet. Vel dicamus actionem in factum institutam ad interesse, & sic ad persecutionem rei familiaris, quæ datur ex omni delicto, vnde † criminalis oritur accusatio ad pœnam, *per text. & Bar. l. qui nomine. de falsis l. hodie. §. 1. eodem. l. fin. & ibi not. de priuat. delic. l. nec quicquam pro socio.* Accusationi autem locum fore in proposito, si falsa non sint, quæ ab actore allegantur, putat dubium non esse. *per text. l. qui demum & l. etsi amicis. l. mater autem. cum ibi not. de adult.* aut ex alio capite posset oriri accusatio *per text. §. interdum quoque. Inst. de obl g. quæ ex q. delic. nasc. leg. si seruus seruum. §. si quis de manu. ad leg. Aquil. cum seq.* Vel dicamus actum subsidiaria in factum † vel l. Aquil. vtili actione, quæ cõpetit quotiescunque a non corpore in non corpus damnum mihi eueniat, & sic occasione iniuriæ vel damni, dolo vel culpa alicuius euenientis. *Inst. de l. Aquil. §. vlt. Rot. p. 1. l. si seruum. § fin. ad l. Aquil.* Videtur enim † damnum dare, qui caussam damni dat. *d. l. item si obstetrix, ad l. Aquil.* vel etiam iniuriarum permixtim & l. Aquil. vtili in factũ subsidiaria actione, quæ † cumulatio in praxi quotidiana est, & de iure tolerabilis, ex quo in regulas cumulationum actio non incidit. *Lanfr. in rubr. de caussa poss. & propriet. vers. secundo præmitto*. Vel dicamus principaliter iniuriarum actum, secundarie autẽ, incidenter † & consequenter, ad damna & interesse, quod fieri potest, *per glos. l. qui seruum, in verb. exercere potest. de act. & obl. text. & ibi Bal. nu. 1. in l. dominium. C. de iniur. Salyc. d. l. num. 2. l. sed & si quemadmodum. vbi Ab. ad l. Aquil.* Putat magis vtramque actionem simul propositam, æq; principaliter iniuriarum & in factum, propter expressam actoris declarationem in aliquot productis, se æque principaliter ad vtrumq; agere.

7 8 9 10 11 12

An probata.

NIl putat probatum, percurrendo omnes actiones. Nam quoad actionem serui corrupti, probari † debuit, suasu & consiliis reæ corruptam esse vxorem suam, id est, ex bona malã factam, vel ex mala deteriorem. Ita hoc verbum exponit Iuriscõsultus. *l. 1 §. persuadere. §. sed vtrum, de seru. corr. Rot. p. 1. de act. ser. corr. an pr.* Si vero ciuiliter actum in factum dicere volumus ad interesse ex crimine, tunc † seruari debuit solemnitas legis libellorũ, id est, inseri tempus & locus admissi criminis. *Mar. p. 4. 1. distinct. num. 30.* Si † vtili l. Aquiliæ, vel in factum surrogata actione, ostendi reuera debuit damnum datum *l. hoc apertius. & l. proinde, ad l. Aquil §. fin.* Item damnum datũ contigisse sine culpa eius, qui passus est. Nam eius aliqua culpa concurrente, non posset in hoc iudicio vincere. *dict. l. si obstetrix §. fin.* Si iniuriarum † permixtim vel l. Aquiliæ, tunc hæc eadem deducenda fuerunt, tunc etiam iniuriandi animus ex parte reæ. *l. illud. l. non solum, de iniur.* vel tale effectum, ex quo necessario veniat colligendus animus iniuriandi. *l. 1. C. de sicar. l. si non conuitii. de iniur. vbi Salyc.* verbi gratia: Factum, scriptum, gestus vel verba iniuriosa. Illis enim modis fit iniuria. *leg. 1. §. 1. de iniur.*

13 14 15 16

Sed illa requisita necessario non sunt probata, Ergo nec actiones. Accedit, quod illud naufragium rei totius domesticæ, de quo actor vnice conqueritur, sua culpa contigit, ex quo vel mediocris paterfamilias res suas tueri, etiam digressa a se vxore, potuisset, vnde se inculpare debet. Item, quod e re & dignitate boni viri est, potius vxorem vagabundam, toties profugam, nõ habuisse, vel saltem post diuortium non recepisse.

An elisa?

QVod nõ concludit. Quoad sententiã, per proximum iudicem, bene iudicatum, male appellatum, compensando ex æquitate quadam erga bonum maritum expensas.

Votum Correferentis.

CIrca formalia appellationis nil dicit, quia ab initio discussa sunt, nec de nullitatibus. Grauamina non admittit per rationes domini refer. Et nil probari potest vltra, nisi per iuramentum. Ad cuius delationem grauaminibus non putat opus. Acceptat caussam pro conclusa.

De actione.

FEl. *e sicut dignum. n. 11. de homicidio*, putat agi de dolo, sed quia concludit, iniuriam magis principaliter quam damnum actorem prosequi, & quia extraordinaria & odiosa sit, concludit iniuriarum & simul vtilem l. Aquiliæ subsidiariam, vel in factũ actionem institutam esse, eamque competiisse vtilem magis, quam serui corrupti. *l. 1. de ser. corr. l. vt tantum. ibid.* Etsi vix vllum interesse pecuniarium liquidum expresse pro-

probatū existimat, tamen, quia satis inter-
17 est,† marito honestꝰ uxorem non laudari,
& sine ea si solus rem domesticam minus
commode al cuius iniuria administrare
cogatur. Et verisimile fit in recuperandis
vestibus, in vestiganda vxore, accedendo ad
Iudicem, eum non potuisse non aliquos
sumtus facere, & sint tales, quemadmodum
dum iniuriæ æstimatio, iuramento probari
ri solet, ideo has actiones cumulat. Iniuriarum
actionem putat competere ob præstationem
ædium.

An Probata.

18 PRæstans † opem, domum, &c. vxori delinquenti, afficit summa iniuria, & longe atrociori, quam si quis filium volentem ludere, meretricari, vel quid aliud parum liberale facere, faciat, aut ad popinam ducat. Quibus casibus † actionem
19 iniuriarum patri competere dubium non est. *Host. § cui detur. num. 5. & Azo. num. 11. de iniur. In suis summis.* Ex vxore autem
20 iniuriam † maritus patitur. § *patitur. Inst. & Cod. de iniur. l. 2.* inque eius animo racet, de
21 honestate publica, de qua *l. 1.* Adulterium † vxoris est grauius, quam si filius occidatur. *Apost. est ad l. codicillis § pen. de leg. 2. DD. in l. aux. l. um.* Quam si probatum fuerit, opem & consilium, aut auxilium a rea actoris vxori præstitum, quocunque modo, iniuriam statim satis probatam putabit, & necessario sequi. Sed certum est ex actis, quod non tantum durante lite illa inter coniuges zu Hoffatt / rea d. adulterum domi suæ contra expressam mariti voluntatem fouerit, sed clam, & ad maritum facta reconciliatione redierat, & bonæ frugis
22 esse cœperat. Nam qui † malæ vitæ est, etsi non præsumatur eam emendare: tamen propter desistentiam a male viuendi genere, & reuersionem ad frugem, fingitur nouus homo. *Bal. l. 1. de Magistr. conuen.* Et per reconciliationem d. coniugum, de quo
23 satis hic constat, omnis præsumtio † mali animi tollitur. *Marsil. leg. 1 § præterea. n. 102.* Item postquam constat, quam dolose vestes adultera transmittere conata sit, & quomodo falsas literas scripserit, vt hoc efficeret: constat ex depositione, quam inhoneste hæ duæ vixerint, & alia multa de damno perpesso, & similia vehementissima indicia, quæ ad condemnationem vim probationis habent in delictis. Ex mala e-
24 nim conuersatione, † de qua hic patet, bona, iterum præsumitur mala effecta & vitiosa. *leg. adiles. §. prodig. de adil. edict.* Et sic arguit, maritum graui iniuria affectum:
25 quia qui damni † occasionem dat, damnum dedisse videtur. *cap. fin. de iniur. leg. nihil interest, de sicar.* Ceterum iuris præsumtione certum est, si † quis post delictum
26 perpetratum, auxilium fert, ante vel post recipiat, aut comitetur, aut literas saltem scribat: *lege prima §. fin. ad leg. Iul.* Aut quomodocunq; aliter opem, consilium, fauorem ei præstiterit. *Bal. leg. 1. Cod. de corrup. ser. n. sexto in verb. Auxilium,* communicato consilio recipientis, eoque sciente delictum commissum esse, *Feln. d. c. cap. sicut dignum, numer. 4.* Et quidem illa præsumtio adeo firma est, vt contrarii probatio committenti vel opem ferenti incumbat, *Bal. leg. non ideo minus. Cod. de accusat. Hippo leg. si quis in rixa. de sicar. nume. 38.* atque propterea nunc pari, nunc mitiori pœna iuxta negotii qualitatem puniendus veniat. *DD. late lege prima. Cod. de rapt. virg. Salyc.* Quod hic, quia pœnæ prosecutio ad nos non spectat, locum non habet. Concludit illas præ-
27 gnantes † præsumtiones ad condemnandam ream actori sufficere, *Cy. leg. sciant. Cod. de testibus.*

An elisa.

ET sunt exceptiones potissimæ, quod sola non receperit, quod permittente prætore, quod cum ignorantia, quod ignoranter, quod a senatu mulctata semel puniri amplius non debeat. Verum hæc omnia non obstant: Nam satis est post reconciliationem solam, ream illam adulteram, sine aliqua prætoris permissione,
28 aut † mariti scientia, & recepisse, & auxilium ei abeunti præstitisse, vnde occulti consilii particeps dicitur. *Salyc. d. l. vnic. Cod. de rapt. Bal. leg. qui data opera. Cod. qui accusare non possunt.* Ignorantiam non potest prætendere, cum in delictis, & vbi quis
29 † illicitæ rei operam dat, ignorantia non excuset. Et sciens quis dicatur quem re-
30 cipere, si delictum † est publicum ac notorium, vti reæ hic fuit, dum fatetur, paulo ante se mulctatam fuisse *g. of. & Bar. leg. 1. de recepta.* Imo debuit conscientiam a mala suspicione exoneratura, non tantum †
31 statim adulteram eiicere, sed etiam prudenter rem marito significare. *Fel. dict. cap. sicut dignum est.* Quod a senatu mulctata est, ei non opitulatur. Primo ob expressam reseruationem senatus iuris actoris, quod nusquam negatur, & ille affert reseruationis probationem, & si illa facta non fuisset, nihilominus suam iniuriam prosequi, & pro suo interesse agere potuisset. Dato etiam, quod ad suam instigationem rea a senatu mulctata prius fuisset, *Boerius*

theils / seind die vorbrachte Grauamina nit / sondern die Sach vor beschlossē hiemit angenommen. Darauff vnnd allem Fürbringen nach zu Recht erkant / daß durch Richter nechst vorgehender Instantz vbel geurtheilt / wol davon Appellirt / vnnd die Vrtheil erster Instantz zu reformieren sey / als wir sie auch hiemit reformieren / nemlich der Gestalt / möge vnnd wölle gedachter Appellant ein Eydt zu Gott / vnnd auff das Heilig Euangelium schweren / daß er lieber die zuerkante 40. gülden von dem seinigen verlieren / oder so viel entberen / dann jhme durch ermelte Appellatin zugefügte in actis angezogene Schmach / Schaden vnnd Saumbsal gedulden vnnd leiden / vnd er thut daß also oder nicht / ferner ergehen sol / was Recht ist.

Præstito Iuramento.

IN Sachen vt supra, fiat sententia, vt in aliis caussis factum est, compensatis expensis.

DEC. II. VOTVM VII.

In caussa, Stösser / Perlenstein / vnd Adelhand.

Contra.

Adelhandt.

Actio præscriptis verbis ex arbitramento seu transactione super dote instituta.

SVMMARIA.

1 *Judex nullus excepto solo principe sententiam definitiuam a se prius dictam reuocare, corrigere, vel sub quouis etiam erroris prætextu emendare potest.*

2 *Declaratio siue* Leuterung *sententia in Saxonia ex consuetudine recepta, & eundem sortitur effectum, quam appellatio. Item in Camera n. 3. Et hæc consuetudo de iure sustineri potest.*

4 *Maritus procurator vxoris est etiam absque mandato. n. 3.*

5 *Dotis dominium ad maritum pertinet.*

6 *Sententia, laudum, arbitramentum vnde dignoscatur.*

7 *Arbitratoris viam elegisse in dubio quis semper præsumitur.*

8 *Arbitramentum quid.*

9 *Ex arbitramento quæ actio competat.*

10 *Remittere vel cedere in iure perinde est ac facere.*

11 *Transactio in quamlibet speciem contractus innominati cadere potest.*

Cedo quid significet.

12 *Cedens actionem rem ipsam dare dicitur.*

13 *In transactione locus non est pœnitentiæ. & num. 16.*

14 *Pœnitentia locum habet in contractibus innominatis & num. 16.*

15 *Frangenti fidem fides frangatur eidem.*

17 *Exceptio non adimpleti contractus etiam post litem contestatam opponi potest.*

18 *Præscriptis verbis actio vt competat, quid requiratur.*

19 *Transactio est contractus vltro citroque obligatorius licet innominatus & improprius.*

20 *Facto vbi opus est, verba non sufficiunt.*

21 *Cedere est dare.*

22 *Præscriptis verbis actio ex facto non perfecte adimpleto dari potest, propter tacitam voluntatem.*

23 Clausula peto ius & iustitiam administrari vis.
Clausula von Rechts wegen vis & potestas.
24 Declaratio actionem non parit.
25 Æquitas naturalis & iustitia in omnibus rebus stricti iuris rationi anteferenda.
26 Dotis caussa est valde fauorabilis.
Dotes mulieribus conseruari interest Reip.
27 Transactioni, quam partes homologarunt: & approbarunt, inhærendum.
28 Sententia quoties partibus præsentibus & non contradicentibus, multo magis homologantibus, lata est, vlterius quærere non licet.
29 Ex laudo seu arbitrio arbitratoris tacite vel expresse homologato datur actio & exceptio ad impediendum litis ingressum.
30 Actio in factum competere potest in omnibus caussis, in quibus locum habet actio præscriptis verbis.
31 Incertitudo libelli non est in potestate actoris sed iudicis vel boni viri, nec vitiat.
32 Iudex ordinarius de iure etiam arbitrator esse potest, nec tenetur iuris solemnitates seruare.
33 Interpellatio hominis, non tantum iudicialis, sed etiam extra iudicialis, quem in mora constituit.
35 Verba transactionis stricte sunt intelligenda.
36 Dictio doch also / dummodo conditionem praexsistentem denotat, quæ dispositum præcedere debeat. & n 46.
37 Verba nach Billichkeit incertitudinem continent.
38 Mora committi non potest, vbi dubium non est liquidum.
39 Cessio solutionem præcedere debet.
40 Transactio in fauorem illius fieri dicitur, qui rogauit.
41 Ordo scripturæ ordinem obseruantiæ denotat, regulam & ordinem intellectus tribuit.
42 Prior in ordine scripturæ, præsumitur prior in tempore.
43 Dictio vicissim retributionem seu remunerationem quandam denotat.
44 Dictio ex tunc de sui natura temporis extremitatem inducit.
45 Dictio tunc semper ad euentum trahi debet.
47 Verba enuntiatiua, vel saltem facti contingentiam enarrantia non sunt attendenda.
48 Dictio dummodo admonitionem & comminationem potius importat quam conditionem, & est potius signum continuatiuum quã conditionẽ denotans & 49.
50 Dotem constituere est actus legitimus, qui nec diem vel conditionẽ recipere potest.
51 Cessio solutionem, an solutio cessionem præcedere debeat.
52 Cessio quando ex interuallo & post solutionem sine pacto præcedente fieri possit.
53 Actiones suas nemo contra se inuitus cedere tenetur.
54 Cessionis consequenda remedia.
55 Actiones cedere is saltem potest, qui eas habet.
56 Quietantia quæ generalem liberationem continet ad omnia capitula administrationis venit extendenda.
57 Excipiens suam intentionem sicut actor probare tenetur.
58 Sciens vel scire debens, se aliquid dare oportere, si non det per id constituitur in mora.
59 Mora fieri non potest, si iustam quis habeat recusandi caussam.
60 Oblatio vim solutionis habet atq; morã emendat.
61 Cautio in oblatione obseruanda.
62 Interitus & periculum rei ad eum spectare debet qui moram commisit.
63 Actio & obligatio per morã perpetuãtur.
64 Frater an sorori dotem constituere teneatur.
65 Patris est dotare filiam.
66 Mater non tenetur dotare filiam, nisi pater sit inops num. 67.
68 Frater sorori dotem constituere tenetur, si mater inopia laborat, vel in viuis non exstat, vel illa aliunde patrimonium non habet.
69 Fratres & successores a filio successore ali debent.
70 Clericus dotare sororem tenetur.
71 Dotandi onus & ad fratrem & ad quẽlibet extraneum transire debet.
72 Soror a fratre dotanda est, & quæ est ab eodem patre, & vterina.
73 Alimenta dotis loco succedunt.
74 Alimentorum caussa fauorabilior est quam dotis.
75 Frater diues sorori inopi dotem constituere tenetur.
76 Feudum an in dotem dari possit.
77 Res feudales in pleno vasalli dominio consistunt, non tamen potest eas alienare citra consensum domini.
78 In dotem dare perinde est ac vendere.
79 Fœmina natura & consuetudine feudorum sunt incapaces in succedendo.
80 Dimissio alienationis speciem denotat.
81 Ad consuetudinem introducendam non vnus sed plures actus requiruntur.
82 Consuetudo vt introducatur necesse est, quod in iudicio contradictorio cum spatio

spatio longi temporis ita fuerit observata ad minus bis.
83 Dos an constitui queat ex fructibus & accessionibus feudi.
84 Accessorium sequitur naturam sui principalis.
85 Obligatio personalis rei alienationem non facit.
86 Fructus & commoditates feudi pignorari & alienari possunt, non feudum.
87 Dos quanta sit constituenda.
88 Dos constituenda iuxta facultates patrimonii, & personarum honestatem.
89 Dotis constituendæ modus ex facultate & dignitate tum viri quam mulieris pendet.
90 Verba Nach Billichkeit/ex æquo, quid importent & num. 87.
91 Dos nobilibus debetur magna.
92 Legitima a tempore mortis illius, qui ad eam tenetur, computari debet.
Dos succedit loco legitimæ.
93 Fructus dotis mariti lucro cedere debent.
94 Fructus a quo tempore propter moram commissam computandi veniant.
95 Fructus vsusfructus deberi non possunt.
96 Leutherung siue declaratio sententia diffinitiua a nullo Iudice fieri potest.
Sententiam diffinitiuam nullus Iudex reuocare, mutare & corrigere potest, etiam intra 10. dies & consensu partium.
97 Prouocationis remedio condemnationis exstinguitur denuntiatum.
98 Appellatio ad minorem, seu ad parem non valet, nedum a seipso ad seipsum.
99 Episcopi & officialis sui idem est auditorium.
100 Deputatorum a capitulo sede vacante, & successoris archiepiscopi idem auditorium.
101 Sententia ex aliquo defectu nulla, si constet, illam quoad caussæ merita iustitiam continere, a Iudice appellationis sine nullitatis confirmari seu reformari potest.
102 Dotis præstandæ actio ex nudo pacto oritur.
103 Transactio in quamlibet innominati contractus speciem cadere potest.
105 Oblatio facta in iudicio inducit liberationem.
104 Dotis caussa fauorabilis & pia est & iure coadiuuatur.
106 Contractus quandoque impletur, tantum cauendo vt præscriptis verbis agi possit.
107 Ex sententia arbitratoris si fuerit homologata, an actio & exceptio competat.
108 In dotis petitione admittitur libellus vniuersalis, licet quantitas non exprimatur.
109 Tempus non est modus tollendæ obligationis.
110 Temporis cursus non lædit eum, qui negligens non fuit.
Pretium in dote de iure loco rei succedit.
112 Pater & frater tenentur dotare filiam & sororem.
113 Feudum in dotem dari non potest, sed tamen eius fructus.
Dotis æstimatio ex æquitate constituenda.
Arbitratus boni viri nihil aliud quam æquitatem significat.
116 Dotis æstimatio arbitrio boni viri intelligitur, & pro modo facultatum & dignitate natalium constituitur.
117 Dos ad quantitatem legitimæ arbitranda est.
118 Dos succedit loco legitimæ in quantitate.
119 Dos ad mensuram legitimæ constituenda.
130 Dos in dubio non debet esse legitima minor.

IN NOMINE Domini, Amen.

DICVNT, quod Mercurii in die Remigii. Anno 39. a Marchionis NN. deputatis consiliariis, dicti Adelhandt/ reis & actoribus dieser Abschiedt gegeben/ quod rei zwischen gemeltem Tag Remigii/ vnnd nach Weihennachten/ nechst hernach folgendt/ sich cum actoribus nomine vxorum suarum, vnnd der vnbestatten Jungfrauwen vmb die Ehesteuwer/ Ehegelt/ Geschmuck vnnd Kleider/ was jhnen deß noch außständig/ & ex Alberti Adelhandts nachgelassenen gutern geburet: wie sie das one das zuthun verpflicht/ nach Billichkeit vergleichen/ vnd gebürliche Außrichtung thun. Darentgegen actores ipsis reis in alle action vnnd Zuspruch/ so dieselben Alberti relicta bona haben/ vnnd was daraus herfliesen möchte/ kräfftiglich Edirn vnnd vbergeben solten/ alles iuxta versiegeltem Abschiedt/ quoniam dant in originali, petuntque ad acta Registrari & originalia restitui. Et quamuis actores je vnnd allwegen a tempore deß aufgerichten

ten Abschiedts fuerint erbietig / reis genugsame Cession zuthun / & Marchioni N.N. auch Copey zugeschickt / welcher Gestalt sie cessionem thun wolten / mit Erbietung / dieselbige cessionem nach Marchionis gnedigem Bedencken zu bessern / etc. Zu dem / daß sie deß Erbietens noch sind / & supra dictam cessionem, wie solches am bestendigsten beschehen sol / kan oder mag / gethan haben wöllen. His tamen omnibus non attentatis, haben actores bißher das jenige a reis, was jener von wegen ihrer Eheweiber / vnnd vnbestatter Schwester ex Alberti bonis gebührt / als auff das wenigste den drittentheil der Thalgütter zu Bergen / vber vielfältig ihr freundlich Ansuchen / nicht bekommen oder erlangen mögen. Sed coguntur Iure experiri. Quare petunt desuper a reis ein richtige Antwort / Qua responsione data dici, quod rei vigore promissionis vnd darauff erfolgten Abschiedts / auch sonst im Rechte schuldig seindt / actoribus was jhnen ex dicti Alberti bonis relictis gehörig / als nemlich vnnd zum wenigsten / den Drittentheil der Thalgütter zu Bergen sampt der Nutzung / die sie von Weyhennachten deß 39. Jahrs / biß auff diese Zeit darvon gehabt / vnnd biß zu endtlicher Erörterung dieses Handels hinfürter haben möchten / cum damnis, interesse & expensis, petentes ius & iustitiam sibi ministrari. Iterum petentes die Thalgütter zu Bergen longo a sequestrari, iuxta copiam cum A. notirt.

Votum Domini referentis.

IN genere quatuor ponderat. I. Formalia II. Nullitates. III. Mandata. IV. Iniquitatem.

Quo ad formalia, declarationem vel Leutherung Iudicum Picinorum vel Picinninorum. At de iure prohibitum, ne vllus † iudex siue ordinarius *per leg. Iudex postea quam. leg. quod iussit. de re iud.* siue delegatus. *cap. in literis. cap. significantibus, de offic. deleg.* siue etiam arbiter. *per leg. dicere. de arbitr. cum sequent.* excepto solo Principe. *lege prima. §.1. de quast. leg. moris, de pœnis.* semel diffinitiue, vel etiam super incompetentia, aut alio modo vim diffinitiuæ habentē condemnando vel absoluendo, aut quicquam aliud statuendo vel declarando, sententiam si dixerit, ex quo in continenti eius potestas exspirat, officium auctoritasque cessent, sententiam prius dictam reuocare, corrigere, vel sub quouis etiam erroris prætextu emendare possit, cum iam functus sit officio suo. *dict. cap. in literis.* Quia tamen in actis allegetur, huiusmodi Leutherung in Saxonia ex † consuetudine receptā, & huic consuetudini longo tempore præscriptum, & eundem effectum sortiri, quam appellatio ipsa: huius insuper consuetudinis præiudicia sint in Camera: tamen infra decendium declarationes illas petitas esse constet, vigore d. consuetudinis, ideo non insistit, cum & talem consuetudinem † de iure sustineri posse putet. *Vant. in rubr. coram quo nullitas proponi possit. num. 8. & seq.* Item quoad formalia appellationis ad Cameram, nil desiderat.

II. Quoad nullitates contra libellum & sententiam obiectas, cum non infringant processum, inferius dicet.

III. Quoad mandata actorum, nomine vxorum suarum, nil requirit. Licet enim maritus, † vt coniuncta persona absque mandato iuxta *(l. sed & hæ, de procur.* non tamen aliter, quam cum satisdatione de rato & defendendo. *per leg. fin. C de pact. conuent. l. maritus. (od. de procur.)* nomine vxoris ad agendum admitti debeat, de tali autem satisdatione hic non constet. Quia vero super dote consequenda agitur, cuius dominium ad maritum pertinet † de iure. *l. quintus. 2. §. argento, de auro leg. l. doce ancillam. C. de rei vindic.* Sane mandato aut satisdatione, *per leg. de iis. Cod. de iure dot.* opus habuit, *Bar. & Iaf. d. l. maritus. num. 8. Cod. de procur.* Quo ex capite maritus super dote transigere, & compromittere, & disponere etiam potest, etiam inuita vxore, cum potestatem agendi habuerit.

IV. Quoad iniquitatem. 1. De actione. 2. An competierit. 3. An probata. 4. De exceptionibus. 5. De sententia.

De actione.

QVoad actionem, prius discutiendum, an isti consiliarii, ab Archiepiscopo deputati, vt Iudices, vel arbitri, vel arbitratores, den Abschiedt pronunciarint, ita vt eorum pronuntiatum sit sententia, vel laudum, vel arbitramentum? Quia † vero id, iuxta DD. *c. quinta vallis de iureiur. vbi Innoc. Bal. leg. 1. Cod. de arbitr. Ferrar. in forma libelli, quo agitur ad pœn. ex compromisso,* aliunde non, quam ex iure & forma procedendi, ad quam respectus habendus est. *l. 1. de arbitr.* Similiter ex sententia id iudicari possit. *l. sed & si §. si quis, vbi glos. super verbo sane.* An vero secundum punctum iuris determinando. *auth si vero. Cod. de Iud. Castr. l. 1. n. 8. de Iud. Pet. Iacob tit. de recursu ad arbit. boni viri.* Sane cū ex actis non appareat, coram illis deputatis libellum oblatum, litis contestationem factā, aliaq; substantialia ordinarii iudicii obseruata, sed omni forma

forma iudicii prætermissa de facto, iuxta partium consensum & conuentionem nudam inter ipsas, prout sibi æquum visum est, processisse & pronūtiasse, tales deputatos non iudices vel † arbitros, qui iuris ordinem seruare debent. *leg. prima. de arbitr.* sed potius arbitratores censendos esse, viamque arbitratoris elegisse putant, quod in dubio semper præsumendum tradunt, Bal. & Ang. *leg. si seruus § fin. de leg. 1.* Vnde ipsoru pronuntiatum non proprie sententia, sed arbitramentum potius † dici debeat. *per notat. Alber. & Felin. dict. cap. de causis, de offi. deleg. leg. 2. Cod. communia vtriusque.*

7

8

Ceterum cum † arbitramentum in iure nihil aliud esse dicatur, quam conuentio partium siue transactio, licet improprie. *glos. §. si vero contingit. authen. vt diff. iud. post pr. Jas. in §. omn. num. Inst. de act. numer. 18.* cum per tale arbitramentum recedatur a lite & actione, sic ut per transactionem, sententiam, vel aliam renuntiationem. *not. DD. leg. 2. & ibi glos. in Cod. de transact.* Et partes inet vtantur in actis, verbis, Abschiedt & Vertrag. Deinde iure dispositum, quod ex arbitramento eadem actio & exceptio † dari debeat, quæ ex vera & magis propria transactione competit. *leg. cum mota l. si pro fundo. Cod. de transact.* Verum ex transactione regulariter actionem præscriptis verbis dandam putat, *per dict. l. si pro fundo.* Nec huic obiici potest in contrarium ex contractu innominato, *facio vt des*, de dolo potius, quam præscriptis verbis actionem competere. *l. naturalis. §. quod si faciam vbi Bar. de prescript. verbis. l. cum proponas. C. de dolo.* Remittere † autem vel cedere iure perinde sit, ac facere. *l. in actione. Cod. de transact.* Respondet, cum illud factum cessionis vel remissionis tale sit, quod per actorem præstari potest. Similiter arbitramentum vel transactio per talia verba factum, quæ implementum respiciunt ex parte actoris, quo implemento facto vel secuto, reis aliquid adesse possit: Recte quidem hæc verba, *cedere, remittere*, vel *facere*, pro dare sumenda erunt, atque præscriptis verbis actio, non autem de dolo rectius competere poterit. Ita quod idem sit, ac si ex contractu, *do vt des*, vel *do, vt facias* resultaret: Cum alias † transactio in quamlibet speciem contractus innominati cadere possit. *Bar. leg. fine apud acta. C. de transact. l. solent. de præscript. verb.* Quod insuper verbum *cedo* in corporalibus quasi traditionem, tamquam in corporalibus veram traditionem denotet, probatur. *l. fin. Cod. quando fi. cess. vel pr.* Item quod actionem cedens rem † ipsam dare

9

10

11

12

dicatur, tenet Bal. *leg. 3. de legibus. num. 1. & seq.* Et pro hac sententia pulcram doctrinam dat Bar. *dict. leg. cum proponas, in add.* inquiens, quando factum principaliter refertur ad dationem, tunc factum intelligendum pro datione, & non pro facto. E contra, quando datio ad factum tēdit principaliter, tunc factum & non dationem censendam. Cum igitur cessio actionis seu iurium, nihil aliud quam factum contineat, pro datione æstimanda erit.

An competierit.

Dvæ allegantur per reos exceptiones. I. Actores ex parte sua transactionem non impleuisse. II. Quod actores pro cōsequendo iure sibi vxorum nomine competente, nouam actionem instituerint, sicque a transactione recesserint. Quare rei statim etiam desuper protestati sint, quod † transactioni amplius stare vel parere non vellent. *Bal. leg. ex placito. Cod. de rer. permut. num. 19. l. pecuniam. Cod. de cond. c. ob caus. sam.* Vbi traditur, in contractibus innominatis locum † habere pœnitentiam, præcipue ex parte eius, qui contractum adimpleuit, prout rei per suam oblationem fecisse prætendunt, per regulam frangenti † fidem *Bar. l. si cum fundum. de pact.*

13

14

15

Quod ad secundam exceptionem pertinet, eam minime obstare putat, licet enim in contractibus innominatis † locum habet pœnitentia, fallit tamen in transactione. *l. quamuis. C. de transact. l. ab emtione. de pact. Jas. § actionum num. 112. de act.* Quo ad [illegible] exceptionem non adimpleti † contractus, quæ etiam post litem contestatam opponi potest. *l. Iulianus §. offerri, de act. emti. vbi Castr.* ea obstare videtur ad impediendum litis ingressum. Hoc enim inter alia eius actionis requisita, Rofred. in † suo breuiario dicit necessarium, vt hac actione præscriptis verbis agere volens, probare debeat, se ex sua persona contractum impleuisse, & nisi contractus impletio ex parte agentis interuenerit, vt contractus sit vestitus, d. actio præscript. verbis minime competere queat. *l. rebus, vbi Bal. Cod. de rer. permut. Bal. l. si procur. quæst. 11. C. mandati.* Idque in omni alio contractu, vltro citroque obligatorio, requiri tenet I. C. & Faber *dict. § omnium, Inst. de act. leg. cum proponas. Cod. de pact.* Transactionem † autem esse contractum vltro citroque obligatorium, licet innominatum & improprie tradit *glos. in leg. contractus. Cod. de fide instrum. vbi Bal. super verb contractus. l. Labeo. 2. de V. S. §. contractum.* Nec ipsos actores iuuare potest, quod notulam cessionis transmiserint, prout in libello, circa mediū.

16

17

18

19

concludendi, quod semper ad diuersitatem actionum cognoscendam attendendum tradit *Bar. in leg. certi condict. si cert. pet. in princ. Ias. dict. §. omnium* 1:6. *asserunt.* Non enim consiliariis, vel Episcopo, sed ipsis reis in effectu & realiter ad cessionem faciendam, vigore transactionis fuerunt obligati. Vbi autem facto † opus, verba nõ sufficiunt. *cap. 1. de eo qui mit. in poss. caussa rei ser. & ibi glos. in verb. voluntate, Bartolus in leg. qui decem, de solut. & ibi Apostilla glos. & Bar. leg. 2. Cod. de edicto diui Adr. toll.*

21 Cum etiam, vt supra dictum, cedere † sit dare, & factum si tale sit, ex cuius impletione, nullum aduersario quæratur emolumentum, præscriptis verbis actio competere non patest, cum contractus innominati sint nudi. Similiter pro actoribus non facit, quod per hanc transmissionem, licet plene non impleuerint, tamen implere cœperint. Ex facto autem non perfecte ad-

22 impleto dari possit actio † præscriptis verbis, propter tacitam voluntatem. *Ias. dict. l. naturalis. §. at cum do. num. 4. ff. præscript. verb.* Præcipue, quando perfecte adimpleri potest: Quia id verum secũdum eundem Ias. quando per tale factum semiplenum aliquid quæsitum est parti: secus si prorsus nihil cœptum sit dari aut quæri ipsi parti, vt nostro casu. Quo casu etiam intelligendum dicit Ias. *dict. §.* Quare hanc actionem præscriptis verbis ex transactione seu arbitramento propter hanc vnicam exceptionem dari non posse concludit. Minus etiam reis ex transactione illam exceptionem competere posse concludit, cum & ipsos ex parte sua contractum non impleuisse ex actis constet. *Angel. leg. cum is a pr. num. 2. de fideiuss. Bart. leg. siue apud acta. Cod. de transact.* Præterea nec etiam per clausulam salutarem in libello insertam, *petoius & iustitiam ministrari*, quæ inter cetera hoc facit, quod omne remedium ex ea competere potest. *cap. cum dilectis, de ord. cognitionum.* Nec ex illa clausula in li-

23 bello posita von Rechts † wegen: quæ nil aliud importat quam officium iudicis, quo officio dos peti potest. *leg. obligamur. §. lege. de obl. & act. Capell. quæst. 190. & ibi Apostilla.* Tamen quia actores in fine suarum replicationum fundamentum institutæ actionis super transactione saltem consistere expresse dicunt, non officio Iudicis, quod saltem in euentum inuocant. Præterea in libello non simpliciter iudici, sed parti concludatur, *Ias §. superest, numer. 54. vsque ad 68. de act.* Adhæc in dictis suis replicis ponunt, libello super transactione saltem instituto responderi, pari ratione, nec etiam condictione ex lege succurri posse, propter d. clausulam petitionis, auff das wenigste den Trittentheil. Nam similiter actionem desuper non institutam, sed in euentum tantum facere id potuisse, atque per modum declarationis, quæ declaratio alias vtilis & valde necessaria. *leg. si in rem ff. de rei vindic.* Eam libello insertam esse asserunt, quæ † decla-

24 ratio, *vt supr. dixi*, actionem nõ ponit. *d. l. voluntatis. & ibidem Bal. Cod. de fideicom.* Adhæc actores in suis replicis temere oblati libelli nihil de Thalordnung sciuisse allegant. Quare cũ nec actio præscriptis verbis, nec condictio ex lege aut vlla alia competat, videtur inquã iniqua iniũcta litis cõtestatio, sed potius ab instantia absoluẽdos fuisse reos. Prædictis tamen nõ obstantib.

25 vltra d. clausul. salutarem quia naturalis † æquitas & iustitia, quæ in omnibus rebus stricti iuris rationi anteferenda. *leg. placuit. Cod. de iud.* suadeat & velit, vt fœminis dotes constituantur, & caussa do-

26 tis † alias sit valde fauorabilis, & non solum mulierum, sed Reipubl. intersit dotes mulieribus conseruari. *lege secunda. de iure dot.* Transactioni inhærendo, quia

27 partes eam homologarunt † & approbarunt, tum etiam ex æquitate quadam actoribus actionem in factum, *ex leg. cum antea, C. de arbitr.* dari posse putat. *Bald. l. cum proponas Cod. de rer. permut. nu. 9.* Quoties-

28 cunque enim † sententia vel pronuntiatum, partibus præsentibus, & non contradicentibus, multo magis homologantibus lata est, vlterius quærere non licet, *leg. ad solutionem. Cod. de re iud.* Nec etiam amplius contradici possit, *leg ab eo. Cod. quomodo & quando. c. concertationi de app. in 6.* sed illi pronuntiato præcise stari debeat. *glos. fin. leg. 2. Cod. communia vtriusque iu-dicii. Ferr. in libr. quo agitur ad pœnam ex comprom isso.* Item, quod ex arbitrio seu

29 laudo † arbitratoris tacite vel expresse homologato datur actio. & exceptio ad impediendum litis ingressum, tenet *Bal. leg. ad peremtorias. colum. 3. sententiam rescindi non posse. text. & glos auth. vt diff. iudices post prin. Franc. cap. ex ratione de app. Mar. p. 6.*

30 *actu 2, num. 252.* Facit, quod actio † in factum competere potest in omnibus casibus, in quib. locum habet actio præscriptis verbis. *Bar. in rubr. præscript. verb.* Non obstat, ꝙ rei dicunt, libellum incertũ esse, sup

31 illis verbis nach Billichkeit/ ideo certa sententia ferri nequeat. Na talis † incertitudo libelli non est in potestate actoris, sed iudicis, vel boni viri quæ nõ viciat. *Ias. §. curare. n. 6. & 59 de act.* & tanta, quæ ad certitudinẽ reduci nequeat, *vt Faber d. loco.* sic etiam a cõtrarietate excusari poterit libellus, cum vt supra d. super Thalordnung non sit fundatus.

Quare

Quare ex omnibus prædictis concludit, iudices deputatos recte litis contestationẽ, non obstantibus reorum exceptionibus, iniunxisse. Nec dici posse, illos deputatos sua iurisdictione abusos, cum prius fuerint arbitratores, *argumento l. sed si seruum, §. si quis, de arbitr.* Nam de iure † ordinarius etiam arbitrator esse potest, qui iuris solemnitates seruare non tenetur, *d. §. si vero contigerit. auth. vt diff. iud. Pet. Iacob. num. 7. tit. de recursu ad arbitrium boni viri.*

32

An probata?

Actionem probatã esse primo ex transactione in originali iudicialiter producta. Deinde reorum confessione & sententia, quæ transiuit in rem iudicatam.

An elisa.

De exceptionibus per quas adhuc se ex transactione non teneri contendunt, præcipua est, actores moram commisisse in eo, quod statim post transactionem erectã, ex parte reorum facta interpellatione, atq; oblatione principio 800. denique 900. tãdem 1000. Gülden/daran sie reichlich legitimam bekommen mögen an Lehengüter/ Illam autem oblationem actores acceptare, cessionemque facere recusarint. Iuris autẽ, quod per interpellationẽ hominis, † non tantum iudicialem, sed etiam extraiudicialem quis in mora constituatur, *l. mora, de vsur. gl. l. qui Romanæ de V. O.* Talem autẽ interpellationem factam esse, ex missiuis reorum constat, quam factam esse actores non diffitentur. Præterea si creditor † rem oblatam accipere nolit, vel per eum stet, quo minus accipiat, tunc pro moratore censendus sit. *l. hominem ff. Mandati.* Hanc autem oblationem factam fuisse, ex d. missiuis, & actorum met confessione, cum dicunt, oblationem: minus tamen sufficienter factam dicunt, ad quam nec adhuc se teneri contendunt, cum tenori transactionis der Billichkeit nach satisfactum non sit. Ex quibus prædictis videtur concludendum, reos quidem propter hanc moram actorum, & quia res ob curatorum obitum amplius nõ integra, ex transactione cõueniri nõ posse, cum re peremta post oblationem, debitor generis (præcipue, vbi super dote agitur,) non solum ope exceptionis, sed etiam ipso iure. *l. qui dotem. vbi Bar. de solutionibus*, liberetur.

33

34

Videndum ergo, an hæ exceptiones elidant intentionem actorum, præcipue cum actores moram in reos retorqueant, ob nõ solutionem factam. Id quidẽ, etsi nulla cõstitutione fere complecti possit, an mora commissa sit, cum sit facti. *l. mora, de vsur.* & actoris met in actis passi moram ex eo solũ deprehendi dicant, an actores vigore trãsactionis prius ad cessionem, an vero rei ad solutionem faciendam fuerint obligati: Id sane ex fonte, id est, verbis transactionis sumi poterat, quæ alias sunt stricta † intelligenda. *l. adstring. de V. O.*

35

Et primum quidem rei pro sua intentione fundãda multum vrgent dictionem illam, doch also/dummodo: quę conditionẽ † præexistentem denotet, quæ dispositionem præcedere debeat, q. d. alsdann vnd nit ehe.

36

Secundo quod sine cessione facta nescire potuerint, in quantum solutionem facere deberent, prętertim cum in transactione ponantur † verba nach Billichkeit/ quæ incertitudinem continent. Iuris autem est † moram cõmitti non posse, vbi debitũ non est liquidũ. *Bal. & alii in l. acceptam, de vsur.*

37

38

Tertio quod de iure fundatam habeant intentionem ex *l. Modestinus, de solut.* qua expresse disponitur, cessionem solutionem † præcedere debere.

39

Quarto pro reis quoque facere videtur, quod actores met in sua Leuterung dicunt, se transactionem nõ acceptasse, nec in eam consensisse.

His tamen omnibus non attentis, non actores sed potius reos in mora cõstitutos fuisse puta[?].

Primo namque ex transactione apparet, in fauorem reorum talem transactionem factam esse cum in fauorem † fieri illius dicatur qui rogauit, *l. rogasti, si cert. pet. l. si gratuitum. §. Margaritam præscr. verb.*

40

Deinde, quod cessionem solutio vnnd Außstattung præcedere debuerit, probatur ex ordine & contextu transactionis. Quod † autem ordo scripturæ ordinem obseruãtiæ denotet, regulam & ordinẽ intellectus tribuat, probatur *per l. quoties. de vsufr. l. generaliter. § si quidem. de fideicom. liber.* Dicitque Bald. *in l. aduersus C. de furt.* quod prior † in ordine scripturæ, præsumatur etiã prior in tempore, *l. si dies in pr. de excusa.* Notat plene Fely. *in c. cum dilecta. col. 4. de rescript.*

41

42

Tertio facit, quod in transactione ponitur, reos cum actoribus post lapsum natiuitatis nomine dotalitii cum actoribus conuenire debere, darentgegẽ/ id est, vt vicissim actores iura & actiones suas cedere tenerẽtur, quæ † dictio vicissim, in proximo suo significatu, nihil aliud, quã retributionẽ, seu remunerationẽ quandã denotat. *l. iubemus. C. de sacro. Ecc. & ibi gl. super verbo promissam.* Et quod permutationem importet, habetur *in c. querimonia, de iure patro. vbi gl. fi.*

43

Quarto facit, ꝙ transactio dicat, actores alsdann: id est, ex tunc cessionem facere debeant. quæ dictio † ex tunc, de sui natura temporis extremitatem inducit, *capit. quoniam fit. & ibi gloss. in verb. ex tunc.*

44

de elect. lib. 6. l. si his. §. fin. de cond & de-monstr. Et quod semper ad conditionis euentum † trahi debeat, tradit Inno. & Hostien. *in cap. praeterea, de appell. ca. a iudice. § si eodem in 6.*

Ex quibus colligitur, solutionem debuisse praecedere cessionem.

46 Non obstat † dictio dummodo, non n. dispositiue, sed saltem narratiue in transa-47 ctione posita est, quia verba † enuntiatiua, vel saltem facti contingentiam exarrantia, non sunt attendenda *glo. l. vni. Cod. quando non petent. parte, &c.* Et quod haec dictio, 48 non † conditionem iuxta reorum assertionem, sed potius admonitionem & commonitionem importet, tradunt domini de Rota *decisi. 13. in nouis titu. de condict. ap-posit.* qui exemplum & concordantia iura 49 allegant. Item quod potius † sit signum continuatiuum, non autem conditionem denotans, habetur. *l. 2. de procur. glo. ca. non potest, de praebend. lib. 6. super verb. retinere. c. 1. de foro compet. lib. 6.* Praeterea cum dotem co-50 stituere actus † legitimus videatur, non potest recipere diem vel conditionem, *per l. actus legitimi de R. I. in 6.*

Cum vt infra patebit, frater sorori de iure dotem constituere teneatur.

Non obstat II. *l. Modestin. de solut.* quae expresse dicit, cessionem post solutionem 51 non valere. Nam primo limitatur, † nisi aliter pactum sit seu transactum, quo casu paria sunt cessionem ab initio fieri, siue ex post facto, vt pulcre & notabiliter per Bart. *d. l. Modestinus alleg. glo. l. cum is, de fideiuss. super verbo in solutum.* Quod autem rei vigore transactionis ad solutionem prius faciendam teneantur, supra declaratum est. Imo etiamsi ex transactione id non eliceretur, adhuc tamen ex interuallo etiam post solutionem sine aliquo pacto praecedente cessionem de iure facere potuissent, cum rei & curatores ad disparia fuerint obligati. Iuris autem doctrina, quod si duo vel plures dispariter sint obligati, tunc cessionem 52 ex interuallo & post † solutionem sine pacto praecedente fieri posse, *l. si minoris, de administ. tut.*

Fallit secundo, *d. l. Modestinus*, si aliquis suo nomine tantum, vti hic, rei, vigore transactionis, quam approbarunt, soluere tenetur, *l. Stychum. § si mandato, de solut. l. Papinianus, & ibi gloss. 2. mandati* Quod secus est, si solutio illius nomine, contra quem fit cessio, aut alterius nomine fieri deberet, *Bart. d. l. cum is a princ. de fideiuss.* Reliquas limitat, vide apud Bart. *d. l. Modestinus.*

Non obstat tertio, dum Rei dicunt, *sine praeuia cessione erga curatores, & priusquam ab ipsis rationem consecuti sint, nescire potuisse qualiter iuxta tr͞a actionem,* die Außstattung nach Billichkeit thun köndten / subiungendo cessionem non solum contra Alberti relictam hereditatem, sed etiam contra curatores faciendam, transactione actoribus iniunctam esse. Nam primo rei, qui statim post obitum d. Alberti possessionẽ omnium bonorum feudalium adepti sunt cõtra actores, nõ opus habuerunt vlla cessione, praecipue cum ratione dotis, ex dictis bonis sibi competentis nondum fuerint 53 contenti, cum † nemo actiones suas inuitus contra se cedere teneatur. *Bald. in l. 2. C. an seruus ex facto, gl. fi. l. in creditore, de euict.*

Imo etsi rei de iure nihil ex Alberti hereditate consecuti, tamen de propriis sorores eliocare sine vlla cessione adstricti fuissent. Dato nunc quod actores post solutionem factam, cessione aliqua opus habuissent, eam peti ssent ab actoribus, actores 54 vero facere recusassent, bonis suis † remediis eam consequi potuissent, de quibus pulcre per Ang. *d. l. cum is, de fideiuss.* Agere enim potuissent, condictione indebiti ad repetandum soluta, vel etiam officio iudicis, vt actiones cedantur, de quo *in l. si res obligata, §. fin. de leg. 1.* Primo similiter & erga curatores, non opus fuit cessione, cũ certum non fuerit, an curatores ratione sua administrationis actoribus ad aliquid tenerentur, sicque nullas actiones contra curatores habere potuerunt, minus cedere vel transferre potuerunt, cum † is saltem 55 actiones cedere possit, qui eas habet, *l. si nomen, de act. vel hered. vend. l. 2. si quis 100. § si quis tamen.* Et quod nulla propria bona extiterint, vehemens est praesumtio contra reos. Primo, quod curatores infra tempus in transactione praefixum a consiliariis pro ratione reddenda citati, & comparentes nil extare asseuerarunt, iure desuper offerendo, proculque dubio si propria extitissent super feudalibus rei non conuenti, nec etiam transactionem talem acceptassent, vel homologassent. Fortius facit contra reos quittantia ex parte reorum exhibita, quae generalem † liberationem con-56 tinet, sicque ad omnia capitula administrationis venit extendenda. *Ferrar. in for. libelli, quo agitur ad poenam ex compromisso*, quã quittantiam rei non impugnant, sed matrem illam cum gratiarum actione confirmasse ex actis constat.

Dato igitur bona allodialia extitisse, de quibus tamen non constat, & rei id iuxta suam assertionem probare tenebantur, cũ excipiens intentionem † suam sicut actor 57 probare teneatur: tamen eorum temeritati adscribendum foret, quod sibi non melius pro-

prospexerint, super eo, quod facile contingere potuit, obligando se ad certum tempus natiuitatis a tempore Remigii infra, quod siue aliquid, siue nihil cōsequeretur a curatoribus eo lapso, cum actoribus nach Billichkeit conuenire vellent, *per l. si quis domum. §. fin. locati.* Prudentius igitur sibi consuluissent, si tale tempus in trāsactione nominatum actoribus ad curatores prius cōueniendos petiissent præfigi, infra quod, si nihil consecuti, tum demum eo elapso, cum ipsis concordare vellent. Merito igitur, prout ipsimet in actis astruūt, interpretatio contra se est facienda.

Quin etiam, si rei cessione opus habuissent, pro curatoribus requirendis, vel ad rationem reddendam, ipsis imputandū, quod actores pro actione competenti cedenda nō requisiuerint, qui si facere denegassent, tunc fortassis conquiri potuissent: quia id autē prætermissum, nec per actores steterit, reus quidem, non actoribus id imputare debet, quod cessio facta non fuerit, *Bart. l. Titia §. vsuras. de leg. 2. l. mora, de vsur.*

Præterea, quod actores reis cessionē ad curatores ratione administrationis conueniendos iudicialiter facere nunquā astricti fuerint, ex verbis vel tenore ipsius transactionis colligitur, quæ præfigit reis tempus a festo Remigii vsque ad natiuitatis, pro requirendis, non autem cōueniendis iudicialiter curatoribus, quod etiam ad effectum deductum est. Denique quod ad talem requisitionem opus non habuerint cessione, ipsimet fatentur in suis quadruplicis.

Plurimum etiam reis obstat eorum facta oblatio, statim post transactionem factā, per quam se ad aliquid teneri actoribus reos sciuisse, expresse colligitur absque vlla cessione. Iuris autem, quod si quis sciat, vel 58 † scire debet, se aliquid dare oportere, non autē det, per id constituatur in mora. *l. mora de vsur.*

Ex quibus præallegatis expresse conuincitur, moram non ex parte actorum, sed reorum commissam esse, & quod nec hodie actores vigore transactionis & iurium supra dictorum sine præuia solutione ad cessionem teneantur: sicque reos iuuare nō potest interpellatio allegata, cum, vti dictū, 59 iustam caussam habuerint † recusandi, quo in casu mora fieri nō potest. *l. illud. de peric. & commod. rei vend.*

60 Non obstat reorum † oblatio, quæ vim solutionis habere dicitur, atque moram emendare. *l. si seruum. §. sequitur de V. O. l. obsignat, C. de solut.* quia non sufficit verbo offerre, sed alia substantialia requiruntur, quę hic omissa, de quibus *in d. l. obsignat. C. de sol. l. acceptam, vbi Bar. de vsuris. Bar. l. prætor. §. si quis. de oper. noui nunt.* Quæ si omissa, oblatio nullius sit effectus. Minus pro reis facit, dum debitum illiquidum & incertum fuisse dicunt: quo casu verbo vel in scriptis se paratum soluere sufficiat offerre. *Bald. l. residuum. C. de distract. pig.* Nam oblatam † 61 pecuniam, ad quā rei se nomine elocationis teneri sciebant, offerre, pro residuo fideiussoriam cautionem ad euitandam moram præstare, bonique viri arbitrio id residuum ad demetiendum relinquere debebāt, *vt pulcre traditur per DD. præcipue Bal. d. l. residuum.* Et pro hoc est casus, *in l. statu liber. & l. seruus si heredi. §. si de statulib. Ang. l. prætor, §. si quis paratus. de oper. nou. nunt.* quam practicam notandam dicit. Eandem tradit Cæpolla, *cautel. 235. & 26* Per quæ etiam respondetur ad id, quod rei plurimū vrgēt, actores ein vbermässiges petierint. Nam si ad id se non teneri sciebant, cū prædicta cautione offerre debebant.

Sic itaque ex prædictis omnibus cōstat, reos, non autem actores in mora constitutos, actores non teneri de damno & incōmodo, quod per obitum curatorum perceperunt, per regulam ab ipsis allegatā, quod interitus & periculū rei, ad † eum, qui mo- 62 ram commisit, spectare debeat. *l. in re furtiua. de condict. furt. l. nemo. in fi. de V. O. l. si ex legati causs. eodem.* Frustra etiā per hoc a reis allegatur, actoribus ex transactione actionem amplius non cōpetere posse, cum per moram † actio & obligatio perpetuetur. *l. si* 63 *seruum. §. sequitur, de V. O. l. fin. de condict. furti.*

Merito ergo rei (solutione tamen prius vigore transactionis actoribus facta) dum ipsimet asserunt, curatores, non sine bonis & heredibus decessisse, istos quidem heredes conuenire poterunt. Si cessione post modum opus, actores autem eam facere repugnent, supra allegatis iuris remediis ad eam faciendā, eos compellere poterūt officio iudicis. Ceterum rei a principio post erectam transactionem sine cessione contra curatores experiri potuissent, *Bar. l. Modestinus, text. & DD. l. nominibus. C. de act. & obl.* Et reimet in suis quadruplicis fateantur, actores iuri suo erga curatores per trāsactionem renuntiasse. Inique etiam actoribus imputatur, quod ob eorum contumaciam concordia Lipsiæ instituta ad effectum non peruenerit. Nam ex eorummet confessione apparet, ipsos actores ad præfixam diem venisse, & tali tempore, quo actus expediri potuisset, comparuisse. *c. consuluit de offi. deleg.* Non obstat tandē, quod actores in sua petita Leuterung allegarunt, se transactionem non acceptasse,

sicque quodammodo variasse. Nam per talem allegationem potius transactionem, super qua transactio instituta, confirmasse putaret. Nam non ex d. Leuterung constet, quia iudices in sua sententia aestimationem bonorum feudalium ipsis adiudicarunt: ipsam sententiam tanquam iniquā ex eo praetenderunt, quod transactio, super qua actio instituta, de bonis ipsis, siue de rebus loqueretur, sicque sententia petitioni siue libello difformis esset. Si ergo super aliqua transactione sententia fundata, necessaria sequitur, aliam transactionem loquentem de aestimatione adesse, prout referenti verisimile videtur. Quare nō variasse, vel mutasse videntur, cum non super eadem re, sed super diuersa atque alia transactione se in replicis declarent sensisse, vnde non vitiat. *l. mutare. ibi Dyn. de R. I. in 6. l. si steriles, & l. rebus, rerum amotarum.* Concludit igitur actores non, sed reos in mora fuisse, & per reorum exceptiones actorum intentionem minime elisam.

Quoad sententiam.

PRaemittit, *An frater sorori dotem constituere* † *teneatur?* Et videtur primo, quod non, cum ad paternum officium † id tantū pertineat, *l. qui liberos, de ritu nupt. l. fin. §. vtramque, de dot. promiss.* Nec etiam mater † ad hoc officium astringatur, *l. neq; mater. C. de iur. dot. Cyn. & Bart. in auth. res qua, Cod. communia de leg.* Atque ob id gl. dicat, *in d. § vtramque. super verbo paternum.* si extraneus dotem promitteret, patris tantum nomine promisisse videtur. Multo minus ergo frater tenebitur, vbi non praesumitur tāta caritas, quanta matris erga filiam. Praedicta tamen regula procedit nisi pater inops esset, tunc † teneretur mater, *l. si quis a liberis § si mater, & l pen. de liberis agnosc. Bar. d. l. a filia, nu. 2. ad Treb.* Sic pari modo mater, si inopia laboraret, † vel in viuis non exstaret, tunc frater sorori, dum patrimonium aliunde non haberet, dotem constituere teneretur. *l. si plures. §. cum liber. de administ. tut. l. qui filium. §. quaesitum, vbi pupillus educari debeat.* Atq; ita rescriptum esse, fratres † & successores a filio successore ali debere, constat ex *§ discretis, in auth. quib. modis naturales effic. sui, Auth. licet, Cod. de naturalib. liberis.* Et quod frater Clericus † etiam sororem dotare teneatur, probatur ex text. *c. 1. de cohabitat. clericorum. Iason. d. auth. res quae colum 4. communia de leg. Capella. decisi. 289.* Et quod onus † dotandi non solum ad fratrem, sed etiam ad quemlibet extraneū agnatum transire debeat, tradunt Barto. & Bald. *d. l. fin. de dotis prom. ff. l. si marito. §. voluntate solut. matr.*

Non obstat, quod *d. § tutor, & ibi gloss. in verb. alio patre,* quae sororem † in. poena a fratre vxorandam disponat, saltem de sorore ex eodem patre, quasi secus sit in sorore vterina. Nam licet verum, quia, *vt supra dictum,* siue soror sit vterina, siue ex eodem patre a fratre: alimenta praestare tenetur de iure frater: alimenta † autem dotis loco succedant, *d. l. non omni. C. de admi tut. vbi DD.* Similiter loco legitimae succedāt, *l. si quando. §. & generaliter. C. de inoffi testam. lege libertus. § posthumis. de aliment. Affl. decis. 111. nu. 10.* imo caussa dotis fauorabilior † sit, quam alimentorum, vnde etiam a fratre diuite inopi † sorori dotem constituendā esse conuincitur, *Boer. in tr. de dote quaest. 125.*

Secundo praemittit, *an † bona feudalia in dotem dari possint?* Videtur quod sic per text. expressum *d. authentica res quae, & ibi DD. communia de leg. l. cum mulier §. praeponeret, & l. a fil. a. ad SC. Trebell. Cyn. l. voluntas fide comm. ff §. 1. versic. rursus, in auth. de restitut. gloss. ibid. super verb. meritis,* vbi pro regula traditur, res restitutioni subiectas, atque alienari prohibitas in dotem dari posse. Facit hic etiā praeiudicium cum Hās Ochsen / sicque cōsuetudinem adesse videatur. *Hostiens. in summa de feudis Guid. decis. 9.* His tamen non attentis, dicerum hic statuendum censuerit, feudum scilicet in dotem dari non posse. *c. 1. §. donare. qualiter olim feudum pot. alien. c. 1. de prohib. feud. alien. c. 1. §. Imperialem. § alienare. de prohib. feud. alien. per Frid.* Ita quod etiam ne pro parte quidem obligari possit. *c. 1. An maritus succed. in feud. vbi Bal. nu. 1. ca. 1. §. rursus de controuers. inuest. nu. 8. Idem in c. a princ. de eo qui sibi & heredibus suis.* Adeo quod taliter dotem constituens, feudum ipsum mittat. Notarius infamis fiat & manū amittat. Idque ideo, quia res † feudales in pleno vasalli dominio non consistant, sintque de iure citra consensum domini inalienabiles *per DD. d. c. 1. de prohib. feud. alien. per Feder. Aluar. d. § donare.* At in dotem † dare perinde sit ac vendere. *l. ex promissione, de act. & oblig. l. si vsumfr. §. 1. de liberali caus.* Item pro donatione etiam censeri possit, *l. si fraudator § si a socero. quae in fraud. cred.* Facit, quod foeminae † natura & consuetudine feudorū sint incapaces in succedendo. *c. 1. §. haec autē, qui feud. dar. possunt. Et ibi Bald. numero 14.* Eā praecipue ex caussa, quia non possunt seruire, & alias caussas, quas habet Chass. *titul. de feud. numero 26. cum sequen.* Praeterea cum hoc casu, si actores de rebus feudalibus elocari deberent, diuisionem † pateretur, quae cum alienationis speciem denotet, maxime emtionis, prohibetur, *l. tutor*

ter omnes C. de præd minor. Bal. l. generaliter. C. de secundis nupt. §. præterea. Idem. l. 1. C. de aduers. transact.

Quare concludit feudum tanquam rem ipsam in dotem dari non posse.

Non obstat auth. *res quæ C. communia, de legat.* quia eam in feudo non procedere expresse tradit Ias. *ibidem. num. 26. Præpositus d. c. 1. §. donare. num. 1. Afflict. § eodem. num. 26. qualiter olim feud. alien. pot.*

Multo minus prætensa consuetudine actrices se iuuare poterunt, cum iuris sit manifesti, non vnum, sed plures actus † ad cōsuetudinem inducendam requiri *Bart. l. de quib. nume. 6. & 7. de legib. Idem in l. omnes populi. quæst. 7. de iust. & iur.* Item necesse, quod in iudicio contradictorio cum spatio longi temporis ita fuerit obseruata † ad minus bis, præcipue si iuri contrarietur, vt hic fit. *c. 1. cum tanto, de consuetud. vbi DD. l. consuetudinis. Cod. quæ sit long. consuetud.* Apparet autem reorum testes tantum de vnico actu loqui Otto Müllers. Ex quibus sequitur 19. articulum hūc omnino impertinenter allegatum. Nec etiam ex Thalordnung/ sed ex regimine Episcopi desumtum esse, omnes fere testes deponunt. Nec loquitur de agnatis, iuxta reorum allegationem in sua petita Steuerung / qui in feudo succedant, sed de Archiepiscopo tantum, ad quem feuda, non obstantibus agnatis, peruenerunt. Quod secus est nostro casu, vbi agnati vtrici ipsi exstant. Et quod omnino sit impertinens satis per reos deductum est in suis replicis. Quare non amplius insistet.

Videndum ergo, cum ex bonis feudalibus dos exhiberi nequeat, vnde actoribus nomine actricum elocatio fieri possit. Et prima fronte videtur dicendum, nec de æstimatione † seu fructibus feudi id licere, cum accessorium † sequatur naturam sui principalis & sint accessoria.

Breuiter tamen illo non attento, licet feudum ipsum in dotem constitui non possit sine consensu domini, filias tamen vel sorores ab agnatis de accessionibus feudi elocari posse putarit, *Præpos. d. c. § donare, & ibi Bald. in pr. qual. feud. alien. pot. Zas. tit. de feud. alien. numer. 8.* cum vasallus sit dominus eorum, & desuper saltem personaliter se obliget, nullum ius in feudo vel in re cōstituendo. Et iuris, quod personalis obligatio rei alienationem † non faciat, cum personam, non autem rem ipsam, vt nostro casu, sequitur, *notata. l. fin. de contrah. emt. Præpos. d. § donare. numer. 1. Bald. d. §. donare. num. 3. Faber in §. item Seruiana. de act.* Fructus † tamen & commoditates pignorari & alienari posse, quamuis feuda alienari nō possint. *DD. in c. quæ in Eccle. de const.* Concludit, agnatos vt hic, non de feudo, sed de accessionibus feudi, filias sorores ad elocādū teneri, atque sic in prima sententia male pronunciatum.

Non obstat *c. accessorium, de R. I.* quia secundum Dyn. ibidem limitatur, nisi prouisio vel specialis dispositio reperiatur in accessorio, vt hic. Vbi ex iuris dispositione fœminæ ex fructibus vel accessione feudi elocari permittuntur, *iurib. supra deductis.*

In † quantum autem elocari debeant, ex trāsactione apparet, eas ex æquo, nach Billichkeit/ elocandas esse. Quæ † verba non aliter intelligit, quam iuxta facultatem patrimonii & personarum honestatem, *iuxta gl. § 1. versi. quamob. in auth. de restit. & auth. eam quæ parit vndec. men. super verb. merita text. l. quæro, de iure dot.* Vbi modum constituendæ † dotis, ex facultate & dignitate viri & mulieris attendendum dicit. Qui text. adeo verus est, *iuxta Bar. d. l. quæro.* vt si qui promittat dotem dari arbitrio boni viri, quod tunc certa intelligatur quantitas relicta, quam bonus arbiter arbitrari deberet, etiamsi nunquam arbitratus fuisset, *l. 2. de leg. 2.* Ceterum quo minus legitima ad arbitrium fieri nequeat, tradit Ias. *d. auth. res quæ cōmunia. de leg. n. 28.* Ratio quia omne grauamen, &c. *vt ibi per Ias. Boer decis. 3. nu. 12.* Quod autem reis magnæ suppetāt opes ex reorum propriis cōfessionibus, actrices autem ex nobili genere procreatas esse cōstet: breuibus concludendo, cum actricum tres saltem esse cōstet ex libello, minus triente ipsis pro dote dari non posse putat, *per auth. cum quæritur. C. de inoffic. testam.*

Nec obiici potest, duas specialitates hic concurrere, scilicet actionem ex pacto nudo intentatam, & dotem incertam petitā, *iuxta gl. l. cū post, de iure dot. § gener. in verb. placuit. l. 1. C. eodem.* Nam, vt supra dilla verba, nach Billichkeit † nullam incertitudinē important, & dotem promissam esse notorie constat. Quia ergo rei in 10. articulo probatorio dicant, Alberti bona relicta, vltra 3000. Gülden nit außtragen asserant, a que 1000. florenos obtulisse asserant, similiter Albertum in creditis circa ter mille florenos, quæ sibi saltem constat reliquisse asserant, quæ credita ipsi rei, si actionum & iurium cessio sibi facta fuerit, facile consequi poterunt, & iuxt. senten Ias. *d. auth. res quæ,* nobilibus magna † dos debeatur, quæ infra 1000. Gülden esse non debet. *Chassa. titu. de success. fœminarum. rubr. 7 §. 12. nu. 7. & 8.* reformando omnes priores sententias mille florenos pro dote siue legitima competente adiudicandos. Non obstat, quod de quinque sororibus allegatur.

92 Nam quod legitima † siue dos, quæ eius loco succedit, a tempore mortis illius, qui ad eam tenetur, computari debeat, probatur. *d. auth. cum quaeritur. C. de inofficio. testamento. Chass. de success. §. 7. versi. 2. nu. 1. Marant. disp.* 10 *nu.* 20. Et quod viuente eo, qui ad legitimam tenetur, non sit respectus habendus, probatur *in l. etiam, §. fin. & l. si patronum. § fin. de oper. liber. l. 2 §. interdum, de vulg & pupill. subst.* Quare elocationem tempore vitæ patris duabus aliis sororibus factam hic minime attendendam putat, cum etiam pater vnam melius, quam aliam tractare possit, sicuti per viã institutionis vni filiæ plus, quam alteri dare potest. Ad hæc si quis que sorores omnes elocandæ forent, non triens, sed semissis deberetur pro dote siue legitima. *d. auth. cum quaeritur*, Concludit ergo vt supra.

Quoad fructus, cum, *vt supra dictum*, legitima debeatur de accessionibus feudi, etiam fructus quidem venire debent, *vt per DD. in l. Papinianus. § vnde si quis, de inofficios. testamen.* Cum fructus † dotis mariti lucro cedere debeant. *l. dotis fructus, de iur. dot. l. pro oneribus. C. eodem. Chass. d. tit. de success. nume. 1* A quo tempore autem debeantur, concludit ibidem, propter transactionem a tempore litis contestationis, quod & verum putat, cum hic versemur in obligatione dandi: vbi propter moram commissam, non † a tempore moræ, sed litis contestationis fructus veniunt computandi. *l. natural. §. 1. de praescript. verb. l. mora, de vsur. l. videamus 2. l. in fideicomm. ssis l. aquis, de vsur.*

93

94

Nec obstat eos non deberi, cum vsusfructus † non possint fructus deberi. *l. fructus, de rei vind. Bar. d. l. videamus. 2.* Nam vt supra dictum, æstimatio hic loco rei succedit, & perinde est ac res ipsa, fructus autem propter moram debentur. Quare, vt supra concludit, reformando omnes sententias, actoribus vigore transactionis homologatæ 1000. pro dote soluendos esse, vna cum fructibus, quia fructus domini deductis impensis vult facere mentionem, compensatis expensis.

95

Votum Correferentis.

CAussa hæc appellationis est, in cuius formalibus nil desiderat: Nullitatis & iniquitatis in Camera nullæ deducuntur caussæ, nec grauamina, sed post litis contestationem cum repetitione actorum statim vtrinque conclusum est.

Ex prioribus igitur actis primum de nullitatibus, posterius de iniquitatibus videbimus, & vtrumq; quoad appellãtes tantũ.

Nam quod ad appellatos attinet, putat nulla prorsus disputatione opus esse, licet appellationis beneficium commune sit, cũ litem in appellatione negatiue contestãdo simpliciter petierint pronuntiari bene iudicatum, male appellatum; Et sic per consequens priorem sententiã a qua ex his a parte approbarint, acceptarint, & in ea tanquam in re iudicata acquieuerint, & adhuc acquiescant, bene vtiq; si cõfirmaretur, contenti.

Quæ iudicii constituendi substantialia dicuntur putat hic non deficere. Leuiores, si quæ sunt, nullitates, non curabimus. Vnica est, quæ iure sustineri vix poterit. Quoad Leuterung / bina illa declaratio, seu potius retractatio atque confirmatio eiusdem iudicis in 3. 4. & 5. diffinitiua sententia: siquidem iuris est, iudicem † suam ipsius diffinitiuam sentẽtiam, siue illa iniqua, siue æqua, iusta siue iniusta fuerit, reuocare, mutare vel corrigere non posse, etiam intra 10. dies & consensu partium, *per gloss. fi. sing. in l. si diuersa. Cod. de transact. l. iudex posteaquam, de re iud. Bald. l. 1. num. 1. & 6. C. rescind. sent. non poss. & Canon. in ca. in literis. de offic. de leg. & cap. cum cessante, de appell.* Quod si dicamus, huiusmodi declarationem, die Leutterung / appellationi assimilari, eiusdem veluti beneficio vti, quomodo etiã legitimo tempore intra decendium, vtraque proposita fuit, vereor, id iuris auctoritate tueri nos posse, ex definitione appellationis a minore ad maiorem, & c. *Azo in sum. C. de app. & ibi DD. per l. praefecti, de minor. l. 1. in fin. ad Turpill. l. 1. §. si quis. de appell. Hostien in summ. in pr. de appell. & ibi Canonist.* Quia † prouocationis remedio condemnationis extinguitur pronuntiatum *d. § fin. ad Turpil.* Et non tantum ad minorem, sed etiam ad parem † non valet appellatio, nedum ab eodẽ ad seipsum, *text. c. 2. vbi* Crem. notat, hoc verum esse ex substantialibus appellationis, *de consuetud. lib. 6.* Nam vt Episcopi † & officialis sui idem est auditorium. *d. c. 2. c. Romana 1. resp. eod. lib. 6. de appell.* Sic vtiq; Archiepiscopi & cõsiliariorum. Item sede vacante a capitulo † deputatorum & successoris Archiepiscopi idem erit iudicium, *per d. iura. Item c. his quae. c. cum olim, de maior. & obed. & ca. 2. Ne sede vacante.* Nec forte poterit prouinciæ illius consuetudo huiusmodi nullitatem excusare, cum respondeat Pontifex, *d. cap. 2.* Non putamus illam consuetudinem quantocunq; tempore de facto seruatam consonam rationi, quod ab officiali Episcopi ad eundem Episcopũ valeat appellari. Nec ab eodem ad se ipsum, cum sit idem auditorium, vtriusque appellatio interposita videatur, quæ ratio nostro casu fortius stringit. Vnde gloss. 3. *dict. cap. 2.* notabiliter infert, consuetudine non posse

96

97

98

99

100

posse id, propter quod appellationis substantia mutatur. Esse vero contra substantiam appellationis, vt ab eodem ad seipsum appelletur, supra dictum est. Non igitur video, qua ratione sustineri queat nostra hæc declaratio, siue reuocationis, vel reformationis, siue appellationis illa beneficio nitatur, & per consequens ad eã quoque subsecuta diffinitiua sententia. Quare non temere super nullitate pronũtiari posset, nulliter scilicet iudicatum, per not. Bar. *in l. si expressim, de appellat. n. 8. de appellat.* Ceterum cum sine dubio plures in Camera appellationis caussæ sint, darinnen dergleichen Leutherung beschehen: (Daß cõtra Böß): atque non audierit super huiusmodi nullitate expresse pronuntiatum, sen-

10 4 tentia † autem ex aliquo defectu nulla, si constet, illam quo ad caussæ merita iustitiam continere, a iudice appellationis seu nullitatis etiam confirmari seu reformari posse. *Bart. d. l. expressim. n. 14. & 15. de app. & l. si vt proponis. 1. C. quomodo & quan. Iudex. Plura allegat Vant. de nullitat. tit. vlt. n. 129 & sequent.* Malit, cum nobis de partium iuribus constet aliquo modo, quod actoribus vtilissimum erit, eam nullitatem negligere & negotium principale definire. Pergamus ad iniquitatem examinandam.

De actione.

ET quemadmodum in producto libello caussa petendi seu mediũ concludendi potissimum super recessu siue transactione fundatur, id quod vtraque pars fatetur & per se allegat, atque prioris iudicis tres posteriores sententiæ confirmant, quinimo conclusio, quæ duo totam actionem regulant. *Ang. in §. omnium. n. 7. vers. & tene menti. Inst. de tritic. act.* atque declarant, ex ipsa conuentione, ausser dem abschied. In hæc verba subiungitur, derwegen bitten actores außzusprechen vnd zu erkennen / daß Rei vermög vnd krafft jhrer gethanen zusag/ vnd darauff erfolgtes abschieds / scilicet secundum verba præscripta, putant: Similius conueniat actio, qua agitur, vt pacta

10 2 seruentur. Nam ex nudo † pacto dotis præstandæ actio oritur. *Bald. l. ex actionem suprin. C. de dotis promiss. gl. l. 1. soluto. matr.* præscriptis verbis actionem propositam esse. Sentit enim cum Domino Referente huiusmodi Abred Receß oder bescheid/ per consiliarios inter partes gütlich mit jrer bewilligung vnnd annehmung auffgericht/ propria significatione transactionem dici posse ex definitione transactionis, quam habet *Azo in summa & DD. in rubr. C. de transact.* Wie es auch vtraque pars alsso nennen / vnd das actores super dote vxorũ alsso transigiren mögen. Et cum transactio

† in qualibet innominati contractus spe- 1 1 cie cadere possit. *Bar. l. siue apud acta. n. 2 3. ad fi. C. de transact.* censuit nostram conuentionem, inspecta eius qualitate & omnibus circumstantiis illius speciei esse, quæ dicitur *facio vt des.* Ex qua specie similiter oritur & competit actio præscriptis verbis, modo factum sit tale, vt hic nostrum indicat, ex cuius implemento aliquid adsit cõuento & absit implenti. Casus est *l. solent, de præscript. verb. & l. cum mota. C. de praescrip. verb. tradit gl. 1. in § quod si faciam, & ibi Br. Castr. & Ias. l. naturalis, de præscript. verb.* vbi *Ias. n. 1. circa med.* dicit eam Azonis in prædicta gl. relatam opinionem cõmuniter approbatam esse, & in hoc omnes concordant. Decius enim 4. subiungit, *& hanc Azonis opinionem tenent omnes scribentes indifferenter, nullus discordat.* Actio in factum magis generalis est, & vere tũ competit, quãdo nulla alia actio datur. Æquitas tamen suadet dari. *Ias. in rub. de prescr. verb.* quamuis idem *Ias. in § actionum. n. 131. Inst. de act.* dicat, actionem in factum & actionem præscriptis verbis vnum idemq; esse putet.

An competierit.

QVod itidem competierit q. adimpletа ex actorum parte transactione, vrget, daß beyder theil solchen Verträg einander gestanden. Item obiectis exceptionibus non obstantibus litis contestatio iniuncta.

II. Quod rei videantur in ea conuentione remisisse, quod actores alioquin probare oportuerit, sc. ex bonis paternis & fraternis propriis nil superesse.

III. Quod ipse dispositionis ordo in transactione solutionem cessioni præponat.

IV. Quod rei in primis suis quadruplicis fol. 80. ipsi videantur fateri, per transactionem actores nach besorg der Rechten / iuri suo renuntiasse.

V. Quod actores formulam cessionis, in meliori forma consiliariis, die den Vertrag gemacht / transmiserint, & in literis ad eos mit I. fol. 67. per præsentes ex sua parte transactioni satisfactum voluerint.

VI. Et hoc potissimum, quod in proposito libello iudicialiter in pleniori forma cesserint, his verbis: Zu dem / daß sie des Erbietens noch seind / & prædictam cessionem hiemit / etc. Wie solches am bestendigsten geschehen soll / kan oder mag / gethan haben wöllen.

VII. Quod rei in prædictis suis quadruplicis ante litis contestationem, in producta

sua supplicatione, expresse fateantur cessionem sibi factam esse in hæc verba: Unser Zuspruch/ Klag vnd Förderung vnd Rechnung berührter Vormundschafft/ vnd auffgetragener bewehrter Gerechtigkeit anzuhören/ etc.

VIII. Quod etiam pecunias obtulerint, vnnd alleine der Streidt gewesen von der Vbermaß.

104 IX. Quod fauorabilis † & pia sit caussa dotis, & iure coadiuuetur. *l. cum plures. §. penult. & ibi gl. & Br. de admin. tut.* Actores assidue semper sollicitarint, Adelhandt semper tergiuersantes refugerint.

Vltimo. Quod rei in condemnatione ex huiusmodi conuentione facta omnimodo acquieuerint, petentes vt in appellationis litis contestatione. Et videtur vel sola iudicialis illa oblatio, seu potius facta iam cessio ad agendum sufficere, argumento *Br. l. si rem. §. fi. in fi. de pig. act.* Vbi notat

105 quod oblatio † facta in iudicio inducat liberationem, sicuti si extra iudicium esset facta oblatio & consignatio. Nec forte plenior cessio fieri poterit, nisi quod acce-

106 dat scriptura: quinimo † tantum cauendo impletur quandoq; contractus, vt præscriptis verbis agi possit. *l. 4. §. fin. de condit. inst. t.* Ne dicat, nostram hic transactionem quasi per stipulationem factã verbis in se ipsa vestitam esse, nec quodammodo ob id rei interuentu egere. *iuxta Br. d. l. si. ue apud acta num. 15.* Notatur quidem ex *l. cum antea. C. de arbitr.* quod ex sententia arbitri, si fuerit homologata, actio &

107 exceptio competat: sed quod idem sit † de arbitratore multũ dubitat. Nam Innocẽt. *in c. Quintauallis, de iureiur.* diuersum notat, scilicet quod dictum arbitratoris nunquam homologetur taciturnitate decem dierum: quod tamen fit in arbitrio: sed si expresse illud confirmetur per partes, pariet exceptionem quasi transactionis vel pacti. Nec vitiat libelli generalitas, cum in

108 petitione dotis admittatur † libellus vniuersalis, licet quantitas non exprimatur. *not. Br. l. si adf. de sent. quæ sine certa quant. Et in rubr. solut. matr. num. 24. text. l. quæro. & l. cum poten. §. gener. de iure dotium.* Quemadmodum nec actio perit implendi tempore elapso, cum tempus non sit

109 † modus tollendæ obligationis. *l. obliga-*

110 *tionum fere. §. placet, de act.* Neque † lædit temporis cursus eum, qui negligens non fuit. *l. intra vtile, de minor. l. contra maiores Co. de inofficiosi. testamento. gl. in auth. de appellationibus, in verbis ex cursu temporis.*

Approbata.

Prædictam sententiam transactionis, verb. præscript. actionem probatam esse, intrepide concludit, per in originali productum Abschiedt/ reorum propriam, eamque iudicialem confessionem, & quatuor posteriores priorum iudicum latas super hac conformes sententias.

Anelisa.

De elisione reorum nil amplius dicet, tum, quod dominus Ref. illam rem copiose tractarit, tum quod minus opus censeat, cum appellati sententiam non impugnent, sed saltem confirmari petant. *Br. l. si. num. 3. Cod. de sent. quæ sine certa quant.* Concludit igitur, ex his omnibus appellatos iuxta transactionem condemnandos. Sed an in bonis vel æstimatione condemnatio facienda fuerit? Et concludit, cum præscripta verba, id est, ipsa transactio concludendi medium sit, & ea nil de quota bonorum exprimat, sed in hæc verba disponat, daß sich Rei cum actoribus vxorum nomine, wie oberwert / vmb die Außstewer/ Ehegeldt/ Schencke / vnd Kleidung/ waß jnen desen noch außstendig/ & ex Alberti bonis gebüret/ nach Billigkeit vergleichen/ secundum huiusmodi transactionem, quæ vtique stricti iuris est, *§. actionum autem, Inst. de act.* Ex genuino verborum intellectu singula ponderando, non in quota bonorum, sed in æstimatione condemnationem faciendam. Quemadmodum & de

111 iure † in dote pretium succedit loco rei. *l. res in dotem, de iure dot. Not. gl. l. Labeo. §. Item si dominis, de verb. signif. tradit Br. in rubr. num. 20. sol. matr.* Facit, quod actores selbst ein Verzeichnuß / vna cum libello vbergeben, was jhren Frawen noch außstehet. Accedit, quod actores iuxta prædictam designationem etliche dinge albereit in specie schon empfangen. Item quod actores in supplicatione sua an die Räht/ sub litera I. in primis suis Triplicis producta expresse petierint, zuuerschaffen / sie der Hauptsummen/ sampt gewöhnlicher Abnutzung/ & expensis ex relictis Alberti bonis zufrieden zustellen / wie in andern viel / ja schier allen jren Missiuen dergleichen / litera B. habet, verzeichneten Anschlags / H. gegen Erlegung des Gelds D. auff den Leipziger Marck zu entrichten / H. Wenn solche vergnügung geschehen soll / fol. 41. in actis zu der Bezahlung fol. 44. zuerstattung des Ehegelds fol. 158. Was noch nicht erlegt von den Lehengüttern außrichten. Item quod actores in güttlicher Handlung 1700. fl. sollen gefordert haben / non quotam bonorum, quam etiam ex transactione petere potuerunt. De iure communi seu consuetudine feudorum, cum Thalgütter

gütter feuda sint, minus est dubium. Nam 112 licet † pater & frater teneantur dotare filiam & sororem: tamen feudum non possunt 113 dare in † dotē, sed tenentur dotare de fructibus feudi, *per text. glos. Isern. Aluar. Bl. Prapos. & communiter feudistas, titulo qualiter olim feuda possunt ali. §. donare, & Zas. in sua Epitome, in vsus feud. p. 9. de feud. alien. num. 7. & 8.* Quod actores pro declaratione incertitudinis actionis allegant, die Thalordenung/ quamuis satis dubius sit illius & per se, & propter testium dicta intellectus & interpretatio: tamen vtcunque accipiatur, eorum intentionem suo iudicio nequaquam confirmare poterit. Nam ponamus nostro casu illa disponat Thalordenung/ certe cum præscriptis verbis actores egerint, in illa, tali ordinationi renunciasse videntur. Nec aliud, quam conuentum est, tunc petere possunt. Qua confutatione simul respondetur etiam ad duo illa præiudicia mit Hans Fichten vnd Ohrt Müllers Tochter. Nam adeo incapaces nō sunt fœminæ huiusmodi bonorum feudalium, der Pfanngüter/ quod hæc ipsa Pfanngütter antea Alberti patre defuncto matri quoque collata fuerint/ dann sie ab Archiepiscopo belichen vnnd verleibgedinget worden. Huic decisioni iam vltima succedit quæstio? Quanta vero 114 † talis æstimatio sit constituenda? Et præscribit transactio, Rei sollen sich vmb die Außfewr nach Billigkeit cū actoribus vergleichen/ scilicet, si Diis placet, secundum æquitatem seu arbitrium boni viri. Nam 115 † arbitratus boni viri nil aliud quam æquitatem significat. *Oldendorp. in sua disp. de iur. & æquitat. titul. 1. num. 10.* Iudex igitur huiusmodi arbitrabitur. Sicut & de 116 iure dotis † appellatio arbitrio boni viri intelligitur & pro modo facultatum & dignitate natalium constituitur, *per l. si cum ei. Cod. de dotis promiss. dict. leg. quando. & leg. cum post, de iure dotium. gl. final. leg. 1. de leg. 2. & l. si filia pater. de leg. 3. Br. dict. leg. si filia & leg. si lectura noua, Cod. de dot. promiss. Corneus. cons. 48. & cons. 107. num. 17. & cons. 162. num. 14. lib. 2.* Et in hoc casu ad quantitatem legitimæ æquitas do-117 tem † arbitrabitur, sic Corneus dict. locis decidit. Et ex Bl. & Salyc. allegatur ad quæstionē, quanta dos arbitratu boni viri esse debeat? Respondet, cum succe-118 dat † loco legitimæ in quantitate, ad 119 mensuram legitimæ † esse debere. Dos enim congrua esse debet, correspectiua & coæqualis legitimæ. Atque si plures sint filiæ, seruandum distribuendæ legitimæ modum. De qua re late Bl. Nouell. *de tr. dot. p. 6. priuil. 8. cum sequent. Copiosius Brunus, de statut. fœmin. a successione excludentibus. articulo 9. princ. quæst. 1. casu 2.* vbi tandem post, *num. 6.* similiter concludit, quod dos in dubio non debeat † minor esse legitima, limitando, 120 nisi quantitas patrimonii, consuetudo regionis aut familiarum: Item honestas & qualitas personarum, vel aliæ circumstantiæ diuersum suadeant. Iam facta harum rerum omnium diligenti collatione, præmisso & præsupposito, Primo ex Alberti verlassenen Thalgüttern/ sororibus iuxta transactionem, quod probauimus, dotem deberi. Nam allegata debita omnino incerta sunt, atque huc nō pertinent. Secundo prædicti Alberti Thalgütter/ als nemblich iuxta Lehentaffel 18. Pfannen Teutsch eine für 120. fl. facit 2160. fl. sechs Pfannen gut jahr eine für 100. fl. facit 600. fl. Ein Nössel Mätrich 100. fl. Ein Kathr alt vnd verfallen/ facit 2860. fl. æstimationem secundum actorum met in suis exceptionibus contra attestationes assertionem ter mille florenorum vix summam attigerit, licet allegent 3740. fl. ea bona tempore mortis Alberti vendi potuisse.

Tertio relicti Alberti bona pro tribus millibus florenis diuendita esse, iuxta B. literas scilicet Hanß Weylandt/ also Stadhalter vnd Rathe. Ex quibus, si ex ea existaret, atque adhuc salua forent, tribus aut quatuor etiam filiabus pro legitima tertia pars, id est, mille deberentur *iuxta. §. frequenter igitur, auth. de trien. & auth. nouiss. Cod. de inoffic. testamento.*

Quarto actrices an jhrer gebührenden Außstewer/ non nihil recepisse, antequam cum reis transigerent, habet transactio, waß jhnen noch außstendig/ & similiter plenæque actorum literæ.

Quinto, cum quatuor sororibus, vel earum nomine transactum, tres vero tantum agere, ideoque vnius portionem non reliquis tribus accrescere; sed reis, quia actricibus legitimam non debent, verum ex transactione tantum obligati sunt; cedere videri. Wie auch actores die Verzeichnuß darumb vbergeben/ daß die vnbestatten/ singulæ, zu gleich andern Schwestern solten außgestattet werden.

Tandem finaliter concludit, satis congruam & competentem & æquitati conformem a prioribus iudicibus rei 928. fl. 7. g. quantitatis summam constitutam, atque ita reos esse condemnandos etiam, vna cum legitimo interesse; dessen sich Rei in suis Replicis, Veneris post Iudica, Anno, &c. 51. producti, sub finem selbst auch schier begeben/ non tam propter moram, quam quod in actione dotis fructus quoq;

veniant, allegatis per Br. *in rubr. solut. matr. nu. 22. & allegata ibi per apostil. a temp. in: unctæ litis contestationis.* Si vero domini ipsi re-orum oblatione der 1000. fl. moti, ad eam summam vsque condemnationem extendere volent, non adeodum refragatur. Compensatis omnib. expensis propter sententiæ reformationem & condemnationē ad interesse. Nec appellatorum procurator in litis contestatione expensas petiit, omissis in forma sententiæ motiuis ac mentione der Regimentsordnung / auch der Thalgütter Art vnd herkommen/ cum de his parum nobis constet, & alias condemnationis caussas deduxerint.

Votum III.

ACtum præscriptis verbis; actionem probatā. Quoad æstimationem mallet condemnare vltra 918. fl. Et ne non videremur respexisse saltem nudum pactū, aliquanto minus vel magis æstimare, quam 1000. Condēnat in fructus & cōpensat expensas.

Votum IV.

ALlegat decis. Gramm. 101. Concludit cum vtrisque Referentibus, concedit illis æstimationem vsq; ad legitimam cum expensis & fructibus.

Votum V.

NVllitates nullas obstare, putat vtramq; actionem dari posse, & præscriptis verbis & generalem in factum, concludit probatam. Quoad interesse adiudicat post litis contestationē: compensat exp. Quoad æstimationem dat 1000. fl.

Votum VI.

CEssionem, si non plane, saltem aliquo modo factā esse, putat magis esse transactionem quam compromissum. Non potest vltra 1000. fl. dare, nisi haberet confessionē. Mallet bey dem vorigen Sententz bleiben zulassen/ vt Corref. Ego vt Correferens.

Votum VII.

ACtores debere contentos esse æstimatione tertiæ partis, quia petitio fundatur super transactione, quæ continet æstimationem; vult dare vltra 918. fl. condēmnat ad interesse, compensat fructus.

Sententia.

IN Sachen Hans Caspar Stössers vnd Christoffs Perlensteins / beyde von wegen jren Haußfrawen/ vnd Justinæ gebornin von Adelhand Schwestern Appellanten eins/ contra Barthel vnd Eytel Adelhandt Gebrüder / für sich selbst/ vñ als Vormünder Hansen von Adelhandt seligē nachgelassenen Erben / Appellaten Anderstheils / ist allē fürbringē nach zu recht erkant/ daß die Vrtheil voriger Instantz zu reformiren, als wir dieselbē auch hiemit reformiren: nemblich vñ der gestalt / dz die gestatte sequestration des drittē theils der angezogenē Thalgütter zu relaxirn vñ demnach die Appellaten jnē den Appellanten, an stat jhrer Eheweiber vñ andern Schwester obgenāt/ vor jr aller dreyen Außstewer Ehegeld/ geschmück vnd Kleidung 960 fl. sampt davon gebürlichem Interesse, von zeit in erster instātz einbrachter klagen anzurechnen zuentrichtē vñ zubezalē schuldig seyē / vñ lāst man es bey der bewilligtē/ vñ in ermelter klage gerichtlich beschehener cessiō bleibē. Doch dz gedachte appellantē dē appellatē darüber schrifftlich glaubwürdig vhrkūd/ ob sie solch not sein achten / vñ wo sie es begerē würden/ darzu alle Brieff vnd Siegel so fern vñ viel sie derē zu genands N N. von Adelhand Erbschafft gehörig hinder sich oder in jrem gewalt hettē/ vbergeben vñ zustellē sollē. Wie wir dañ obangeregte sequestration hiemit relaxierē vñ die Parteyē respectiue also cōdemnirn vnd verdammen/ die Gerichtßkostē allenthalben auffgelauffē/ auß bewegendē vrsachen gegen einander Compensierend vnd vergleichend / etc.

DEC.

DEC. II. VOTVM VIII.

In caussa Bischoffen zu Q. Q. als Innhaber des Closters Baumgarten / Klägern.

Contra.

Froschbergern Beklagten.

De Rei vindicatione: nempe Syluæ.

SVMMARIA.

1 *In rei vindicatione duo potissimum probanda, dominium & possessio.*
2 *Donatio ad transferendum dominium sufficit.*
3 *Instrumentum vnum faciens mentionem de alio, relatum non probat.*
4 *Donatio est duplex, vna, quæ incipit a stipulatione vel pacto, quæ non acquirit dominium, altera, quæ a præcedenti traditione incipit.*
5 *De Relate quando constare necesse sit.*
6 *Confirmans actum vt factum, quod in veritate nunquam fuit, de nouo dare videtur.*
7 *Nemo plus iuris transfert quam ipse habet.*
8 *Imperator est mundi dominus.*
9 *Dominium vniuersale est penes Imperatorem.*
10 *Dominium ex solo consensu vel contractu non acquiritur.*
11 *Traditio per instrumenta facta esse non probatur.*
12 *Dominium in Ecclesia, etiam sine possessione vel traditione transit.*
13 *Rei vnius in solidum non possunt esse plures domini.*
14 *Inuestitura, licet verbalis, nec proprietatem nec dominium transfert.*
15 *Titulus præsumitur ex possessione præcedente.*
16 *Nostrum quod est sine facto nostro ad alium transferri non potest, & 17.*
18 *Gratia Principis omnis appellari potest priuilegium.*
19 *Fundans ius in toto habet in qualibet eius parte.*
20 *Furcæ sunt signum meri Imperii.*
21 *Iurisdictio & dominium diuersa sunt.*
22 *Præscriptio opposita post litis contestationem inducit victoriam post merita caussa.*
23 *Ad præscriptionem Ecclesiasticam duo requiruntur, possessio continuata & bona fides.*
24 *Testes in materia præscriptionis vt probent, oportet vt dicant, se semper ita vidisse, & a maioribus audiuisse, nec vidisse quod contrarium audiuissent vel vidissent.*
25 *Possessionis initio & fine probatis præsumitur medium tempus continuatum.*
26 *Bona fides probatur titulo vero, vel putatiuo, etiam cum errore iusto.*
27 *Bona fides præsumitur sine titulo.*
28 *Mala fides intra 30. annos tantum allegari potest, postea non.*
29 *Bona fides allegata præsumitur eo, quod allegatur bona fides.*
30 *Titulus in præscriptione Ecclesiastica de iure Canonico non requiritur.*
31 *Is Præscribit solum, qui domini cogitatione possidet, qui sperat se aliquando dominum futurum.*
32 *Testibus dicentibus se esse 80. annorum de illo tempore intelligendum est, quo testificati sunt.*
33 *Tempus si est de substantia præscriptionis, testes super ea præcipue deponere debent: alias nec dictum nec præscriptio valet.*
34 *Tempus in præscriptionibus de momento ad momentum computatur.*
35 *Præscriptio interrumpitur a die litis contestationis.*
36 *Bona fides probanda.*
37 *Meum quod non est, alterius esse scire debeo.*
38 *Inspectio ocularis præualet testibus.*
39 *Nominatio diuersa facere non potest, vt res pro diuersa habeatur.*
40 *Agens rei vindicatione probare debet dominium.*
41 *Donationis instrumentum probat dominium.*
42 *Testes, qui rem dicunt esse talem, probant.*
43 *ex Diuersitate confinium præsumitur res esse diuersa.*
44 *Res eadem præsumitur esse vna, non plures.*
45 *Pro Ecclesia in dubio iudicandum.*
46 *Nominatio quæuis formaliter accipienda.*
47 *Narratione simplici non continentur distincta territoria.*

IN NOMINE Domini, Amen.

ABBAS actor proponit contra Nobiles v. Frosberg/ alle vnnd jede insonderheit/ so diese Sachen berüren mag. Wiewol Henricus Romanorũ Rex das obgemelt Gottshauß gnediglich begabet/ mit einem Berg oder Waldt genādt Immenberg/ bey dem Closter gelegen/ auch nachfolgent solche Donation vnd begabung gnediglich confirmirt vnd bestättigt/ cuius vigore actores von gedachter zeit in quieta possessione gewesen/ solchen Berg vñ Wald zu nützen vnd zu geniessen/ vnnd den als für jhr eygen vnd haablich Gutt jnzuhabẽ/ auch des Orts bey allen Vmbwonern vnd Nachbawern ein gemein Gerücht vnd Geschrey sey/ daß solcher Berg gedachtem Gotteshauß vnd niemands anders zustendig/ vnd daran gehöre. Eo non obstante, haben Rei vngefehrlich bey 5. oder 6. jaren solches Bergs vñ Walles sich vnterzogen/ vnnd den zu jhren henden genommen/ darauff vnd darin allerley Gebott vnd Befreyhung auffgericht/ vnd gemacht/ alles wider wissen/ willen vnd befehl actorũ vnd sæpius güttlich erfordert/ vnd ersucht/ auch actorũ Gerechtigkeit genugsamlich verstendigt worden/ daß sie jhnen Abbati vnd Monasterio den wider zu handen stellen/ vnd von solchen jhren Gebotten/ Verbotten vnd Befreyhung abstanden: tamen id facere recusarint, ideo petunt decerni, quod ille Waldt vnd Berg actoribus zustendig sey/ vnnd sein soll/ daß auch Rei von dem abstehen sollen/ vnd sich des ferners nit vnderziehen/ sondern actoribus den wider zu jhren Händen zustellen schüldig sein/ vnd zustellen sollen. Cum expensis, damnis & expensis præteritis & futuris, implorantes officium omni meliori modo, saluo iure addendi, &c.

Votum Referentis.

De actione, An probata, An Elisa, De sententia.

Quoad primũ, actum rei vindicatione. *l. in rem de rei vind.* & iuxta cōclusionẽ; quæ est attendēda Syluam ad monasteriũ pertinere, quod verbum est latissimũ. Duo veniunt principaliter probanda: ex parte † actoris dominium, ex parte Rei possessio. 1

Quoad dominium, prætenditur donatio, quæ apta † est ad transferendum dominiũ. Videndũ igitur, an donatio probata, an donans fuerit dominus, & an per donationẽ dominium translatum sit. 2

Quoad primum, videtur prima frōnte, quod non. Quia certi iuris est, si vnum instrumentũ † facit mentionem de alio, quod illud relatũ non probetur, *auth. si quis in aliquo, C. de edendo.* In primis literis autẽ Imperator nil donat, sed donationem factam Monasterio asserit, & vigore illius traditionis mandat. Similiter secundæ literæ solum confirmationem donationis probant, quæ tamen inserta non est, ideo nō probat, *Abb. c. 1. inter dilectos, de fid. inst.* 3

His nō obstantibus cōtrarium verũ putat, quia literæ purã & merã donationẽ habẽt, dum officiali ex caussa donationis traditio mādatur. Nec obest. *d. auth.* quia hic nō fit mentio alterius instrumenti, sed solum exprimitur caussa traditionis:

Vel secundo responderi potest, duplicem † esse donationem: Vnam, quæ incipit a stipulatione, vel pacto, & illa non dicitur modus acquisitionis dominii, sed præparatiuus ad acquirendũ. Et de ista donatione intellige verba illa relatiua, ibi: *largiti sumus.* Aliam, quæ incipit a præcedenti traditione, & illam continent præfatæ literæ, in quib. talis traditio mandatur. *Portius. Inst. de donat. a pri. gl. l. nec ambigitur. Co. de donationibus.* 4

Vel tertio per *auth. non procedat.* quando relatio † fit per reum, qui de per se potest de nouo disponere, tunc nō est necesse, cōstare de relato. *Inst. d. auth. Bl. d. l. si donatio.* Cum itaq; in casu nostro Imperator mentionem faciat donationis a se factæ, non opus est de relato aliter cōstare. Et hoc modo etiam ad illud, quod de confirmatione dictũ, responderi potest: Et posito, quod donatio facta non esset: tamẽ quando quis cōfirmat † actum vt factum, quod in veritate nunquã fuit, videtur de nouo dare. *d. l. si donatio. C. de don. Bal. ibid. Bal. l. more, de iurisd. omn. iud.* Quia † nemo plus iuris trãsferre potest, quam habet ipse. *l. traditio, de acquir. rer. dominio.* Ideo videndum, an Imperator fuerit dominus? Et putat quod sic. Imperator enim est † mundi dominu. *l. bene a Zenone. &c. l. de precatio. ad l. Rhodiam.* Idque maxime procedere in rebus, quæ in nullius bonis sunt, vt fuit sylua litigiosa tēpore donationis, propter dominiũ vniuersale, quod est penes † Imperatorem. *Br. l. 1. § per hanc, de rei vind.* Et præsumendũ est, Imperatorem esse directum dominum eorum, quæ possidet, nisi contrarium probetur. Neq; enim innititur, *auth. quomodo oporteat Episc. in pr.* Et an rei habeant caussã 5 6 7 8 9

ab

ab eodē, a quo Monasterium, non possunt Monasterio constitutionem dominii referre. *Castr. l. cū res. C. de prob. per tex. l. siue possidetis. C. eod. tit.* Licet illud secundum *Br. in l. si alienam solu. matr. & gl. l. 1. ita vt si fine, cōmodati*, non procedat in rei vindicatione, vbi dominium principaliter probandum venit: tamen saltem præsumtionem dominii facit. *Ang. ibid.* Accedente igitur propria partis confessione, quod hodie Imperatorem dominum directum montis allegat, videtur dominium sufficienter probatum. Tertio licet dominium † ex solo consensu vel contractu non acquiratur. *leg. traditionibus. Cod. de pact.* Hic autem traditio nulla interuenit, quæ licet mandata officiali, tamen per hoc non probatur † facta per instrumenta. *leg. prædia, de acquir. poss.* Verum quia † in Ecclesia dominium etiam sine possessione vel traditione transit. *text. leg. final. Cod. de SS. Eccles. & dict. leg. traditionibus*: ad acquirendum dominium illa opus non fuit.

10 11 12

Quoad alterum requisitum possessionem, illa per confessionem rei probata est. Concluditur intentionem actorum probatam.

13

Quoad secundum, excipitur per reos, quod ipse sit dominus. Quia vero † vnius rei in solidum non possunt esse duo domini. *l. si vt certo. §. duobus. Digest. commodati.* Videndum: cuius in dominio potiores sint partes. Allegatur ex parte rei inuestitura, quæ licet † verbalis sit, nec proprietatem, nec dominium transferat, sed solum licentiam propria auctoritate condicendi fundum præbeat. *glos. c. ex ore. Et Innoc. de his, quæ fiunt a maiore parte. c. auctoritate. de instit. Iser. c. 1. quid sit. Inuest. Affl. ibid.* Tamen, quia hic apparet, reos ante multos annos, in realem possessionem montis venisse, & illa possessio hucvsque durat, præsumendum etiam, traditionem factam, quia illa ex possessione præcedente † titulus, (alias esset nuda traditio, quæ dominium non transfert) præsumitur, *argumento leg. minus. Codice, de acquir. poss.* Facta autem hæc traditio ex caussa contractus inuestituræ, qui est aptus ad translationem dominii. Vtilis ergo, &c.

14 15

Nec videtur obstare donatio Imperatoris priori. Quando enim duo prætendūt caussam onerosam, vel etiam lucratiuā ab eodem, ille præferendus, cui fuit primo tradita, qui prius titulum habuit, licet Monasterium habeat antiquiorem titulum: tamen traditio rei prius facta nulla constat.

His non obstantibus contrarium putat esse verius, si prædicta inuestitura intentionem actoris impendire non possit, quia quod nostrum † est, sine facto nostro ad alium transferri non potest. Cum itaque iam ante dominium illius Montis fuerit in Monasterium translatum: ideo fieri non potuit, imo præsumitur nulla traditio talis. Nec obstat *d. lex quoties, de rei vindicat.* quia præterquam, quod traditio Reo, ex caussa inuestituræ non facta sed ipse possessionem longo tempore ante titulum propria auctoritate occupauit. Fallit *dict. lex.* qui prior ita priuilegiatus est, vt ex solo contractu transferatur. *Jas. dict. leg. quoties. num. 4.* Itaque maxime locum habet in donatione Imperatoris, *vbi ibidem Iason. in num. 5.* Et hoc procedit, si per † priuilegium non per viam contractus fiat concessio. *Jason. ibid. num. decimo. Bald. c. 2. §. inuestitura, de nou. for. fidel. nume. 2. Affl. decis. 299.* Si autem verba literarum inspiciantur, videre est montem per priuilegium monasterio concessum, ibi. *in gratiis & largitionibus.* Et in literis confirmationis appellat gratiam. Sed omnis gratia principis † appellari potest priuilegium. *Bl. dict. c. 2 §. inuestitura. num. 5.* His adminiculantur *textus. l. 3. §. incertum. Et ibi Iason. & alii, de acquirend. possess.*

16 17 18

Hic facta est incerta inuestitura in quantum possidet, & sic nulla fit talis inuestitura. Accedit, quod secundus testis actorum, qui est 50. annorum.

Item quartus. Item secundus Reorum deponunt, Monasterium ibi secuisse ligna, quæ est actus possessionis.

Nec obest, fundari intentionem reorum iure communi, quod situs † intra limites suæ terræ.

Et fundans ius in toto, habet in qualibet eius parte. *Abb. c. si diligenti. numero secundo de præscriptionibus.*

Quia illud verum quoad iurisdictionem, non quando ad alia.

Item nisi præsumtio elidatur per alias contrarias probationes, vt hic: factum per titulum antiquiorem.

Nec obstant † furcæ reorum, cum sint signum meri Imperii. *Chass. titulo. de inuestit. §. octauo in versiculo Le signe* Quoniam hic non est contentio de

iurisdictione, sed dominio, quæ diuersa sunt, & a diuersis non fit illatio. Concludit exceptionem reorum non elidere intentionem actorum.

De præscriptione videndum: Quæ 22 cum sit opposita post litis † contestationem, habilis est ad inducendam victoriam circa merita caussæ, *Ferrar in for. respons. rei. tit.* 23 *de præscript.* Et ad † hanc in præscribenda re Ecclesiæ duo requiruntur principaliter: Possessio continuata 40. annorum, *auth. quas actiones C. de SS. Eccles.* Et bona fides.

Quoad possessionem, allegant rei tempus vltra hominum memoriam. Id probatum non est. Requiritur † enim ad id, vt testes dicant, se semper ita vidisse, & a maioribus audiuisse, nec vidisse, quod contrarium audiuissent vel vidissent. *l. si arbiter de probat. l. in summa. §. Labeo ait, de aqu. plu. arc. Inn. c. veniens. c. quod per nouale, de V. S. Canon. c. veniens. de testibus.* Quia autem nullus testium taliter deponit, videndum, an possessionem 40. annorum probarint? Et putat, quod sic per 6. test. Item 8. ad 5. art. & primus reorum. Et licet nil dicant de continuatione possessionis, tum quia 25 initio & fine † possessionis probato, præsumitur medium tempus continuatum, *Lanfr. in sua pract. in verb. testium n. 86. vbi dicuntur DD. hoc tenere. Br. l. Celsus. n. 20. & 21. ff. de Vsucap.*

Quoad bonam fidem, præmittitur illam 26 probari, quando præcedit † titulus verus vel putatiuus, etiam cum errore iusto, *Ferr. in d. form. n. 16. Bar. d. l. Celsus n. 17. Bl. l. si super longi. C. de præscript. long. temp. n. 11.* qui dicit, bonam fidem semper præsumi. Et 27 quod bona † fides præsumatur sine titulo, tenet Felin. post Abbat. *in c. si diligenti, de præscript.* Vbi dicit, hanc esse communem. Hic autem probatus est titulus, ergo ex eo multo magis præsumtio bonæ fidei resultat, quibus accedit possessio 40. anno-28 rum. Nam mala † fides intra 30. annos tantum allegari potest, postea non. *Br. & Salyc. l. fin. C. vnde vi.* Præsumitur autem 29 † allegata bona fides, eo quod allegatur bona fides. *Abb. c. fr. de præscription. num. 34.*

Vnde concludit, præscriptionem cum suis qualitatibus probatam.

Nec obstat, si quis dicat Anno, &c. 21. titulum acquisitum, & sic 8. annis an-30 te litem cœptam, quia de iure † Canonico in præscriptione tali titulus non requiritur. *c. 1. de præscription. in 6. vbi DD. Abb. d. c. si diligenti. Dyn. in c. possessione, de reg. iur. in 6.* Verum contrarium verius pu-31 tat. Manifesti enim iuris est, eum † solum præscribere, qui dominii cogitatione possidet, id est, qui sperat se aliquando dominum futurum. *Ias. l. Pomponius. §. si is, qui, de acquir. poss.* Hinc est, quod coloni depositori commodatarii per mille annos non præscribant, cum sint vere possessores, qui cum reorum antecessores ante titulum adeptum cogitatione non possederint.

Apparet ex eo, quod Christophorus dixit, se nescire ad quem pertineat illa sylua, vt duo testes testantur. Et sic saltem ius cædendi ligna, quasi iure seruitutis vsi sint, præscripsissent; non id, quod non possedissent. Item nec tempus sufficienter probatum putat. Licet enim testes dicant, reos possedisse, quamdiu meminerunt, & sint 60. & 80. annorum, intelli-32 gendum † est, de illo tempore, quando testificati sunt, & præscriptio interrupta fuit, *Br. d. l. Celsus. n. 27. Bl. d. l. longi. Cod. de long. temp. præscript.* Interrupta autem hæc est anno, &c. 29. quando iis cæpit per solam citationem. *Fel. c. vlt. de præscript.* Si igitur tempus conferas, reperies ante 21. annos ante examen factum, præscriptionem interruptam, cum testes anno, &c. 50. recepti sunt. Et sic ex omnibus testibus solum duos esse, qui ante litem cœptam de 40. annis meminisse potuerunt. Verum quia illi de tempore certe non specifice deponunt, putat illo quoque præscriptionem non probari. Quando enim tempus est de substantia, prout in hac præ-33 scriptione longissima, testes † super ea specifice deponere debent, alias non valet dictum, nec valet præscriptio. *Spec. tit. de teste. §. iam, de inter. vers. item de temp & ibi Bl. vers. testam. pro quibus facit gl. Nat. & DD. l. ob carmen, de testibus. Innoc. d. c. veniens.* Hic aut † computatur tempus de 34 momento ad momentum. *Alex. l. Labeo, de acquir. poss.* Ideo etsi secundum quod concludunt Alb. & Fel. *in c. illud, de præ-35 script.* præscriptio † interrumpatur a tempore litis contestationis (*n. 13. Alb. Fel. n. 4.*) tamen adhuc propter istā incertitudinem non potest dici probata præscriptio. Concludit, possessionem non esse sufficienter probatam. Quoad bonam fidem, licet supra dictum, illam præsumi ex possessione, vbi non apparet de possessione antiquiori: tamen multi volunt † illam pro-36 bandam, quos refert Fel. *d. loco.* Et dato, quod ita præsumeretur: tamen per alias fortiores elidi potest. At vbi supra. Probatur enim mala fides ex coniecturis. Magna autem est coniectura, quod tam exiguo tempore ante malam fidem titulum procurarint. *Bl. d. l. quoties. C. de rei vindicat. Fel. d. c. si diligenti. n. 5.* Et scire debebat,

37 debebat, quod suũ † non est, alterius esse. *l. fi. unde vi.* Nec obstat, quod dicitur, duos
38 esse montes. Quia ocularis † inspectio prævalet testibus. *Cepol. cautel. 104. incip. Multa sunt statuta.* Nã ocularis inspectio demonstrat, quod sit vnus mons, qui propter culturam diuersa sortitur nomina. Quæ
39 tamen nominatio † hoc facere non potest, vt diuersi habeantur montes. *l. Caius in fi. de leg. 20.* Concludit præscriptionem nõ probatam. Et quoad sententiam, rem adiudicandam actoribus, compensatis expensis.

Votum Correferentis.

1. DE actione 2. an probata 3. an Elisa. 4. De sententia.

Directa rei vindicatione actum esse putat. *l. 1. ibi gl. de acquir. rer. dominio. §. singulorum. Inst. de rer. diuis.*

An probata.

40 QVod agens † debeat probare de dominio *l. in rem, de rei vind.* Item de possessione aduersarii probare debet, *l. offic. d.*
41 *tit.* Dominium probari per instrumentum donationis † qui titulus sufficiẽs est: Similiter quod Imperator dominus fuerit. Id non impugnatur, *Clem. pastoralis. & l. bene a Zenone.* Possessio quoq; probata est.

An elisa.

42 VIdetur quod sic, per Instrumentũ inuestituræ & testes, qui dicunt † montẽ esse feudalẽ, & quod tales probant. *Bl. l. iudicia, de rei vind. in 2. col. Bald. auth. quas act. de SS. Eccl.* Inde etiã de auditu auditus, putat illa non attendenda. Nã monasterium habet titulũ antiquiorem per instrumentũ donationis. Itẽ probatur possessio Monasterii super sectione lignorũ. Monasterium antiquius decuisse ius, reos nihil probasse, nec dominiũ, nec possessionem, quia dicitur in inuestitura: *in quantum possidet tantum concedimus.* Sed non probatur in nullius bonis fuisse illum montem.

Nec obstat, quod testes dicunt separatio-
43 nẽ montiũ fieri per viã signo velachterwerg. Vnde ex illa diuersitate † confinium præsumi diuersas res. *l. 2. Cod. de rer. poss. adipis.*
44 *Alex. conf. 134 in 2. volum. col. 2.* cum ponatur in inuestitura & donatione. Idẽ † mons quoque præsumitur identitas, & non pluralitas. *Br. d. l. 2. Bl. ibid. & l. test. C. de testib. l. edita. Co. de edendo. facit. l. de test. de contradictionib. text. notab. d. l. Caius. § fi. de leg. 2.* Põderat, quod ipsorũ facta das alchterwerg ibi erectum, cum fuerit ante Steinhauff. Id nõ nocet actori. *Alb. l. si in rẽ, de rei vind.*

Non obstat separatio viæ, quia Imperator de vno monte mentionẽ fecit, iuxta *d. l. Caius.* Constat ex coniecturis de identitatẽ, & quod sinistra pars montis sit monasterii. Et quia vnus testis dicit, illum esse verum Immenberg/ qui est ad dextrã, &c. Quoad viam, testes sibi sunt contrarii. Aliam esse Landtstraß/ aliam ad bona. Ideo non esse
45 elisam in dubiis † pro Ecclesia iudicandũ. *Alex. conf. 35. vol. 3. col. 3. & conf. 92. in fi. in 4. volum.* Concludit cum referente per omnia.

Votum III.

DE actione, putat actum rei vindicat. quod intentio actorũ sit probata per donationem, quod præscriptio & possessio nihil operentur pro reis; sed ponderat, quod veniat in illa donatione. Et quia omnes testes prope dicant, duas esse Immenberg / & quod nominatio sit formaliter †
46 accipienda. *DD. ad l. beneficium, de R. I. Br. in l. possideri a princ. super verb. quando aliquis, de acquir. possessione. vbi Apostilla Br.* Ponderat quoque, iurisdictio est diuersa & distincta per viam publicam, quod sit regale & separatissimum aliquod, putat
47 simplici † narratione non contineri distincta territoria, *not. l. prædiis. §. fi. de leg. 3.* Existimaret, viam tutiorem, quæ posset reos absoluere vel ab impeditione actorum, &c.

Votum IV.

EGo concludo cum Dominis referentibus.

Votum V.

POnderat, quod actores nihil probant ad tertium. Item vltimum de forma non probant. Putat distinguendum in sententia inter facta. Nam reliquæ seruitutes werden lites machen. Concludit cum referente.

Votum VI.

POssessionem reorum esse vitiosam. Concludit cum referente.

Votum VII.

QVoad actionem, cum Referente, donatione esse habilem titulũ ad transferendum dominium, ponderat inuestituram, quoniam possederint. Nec constat aliquid probatum. *Cran. decis. 59.* Concludit cum Referentib. pronunciandum petitorio.

Sententia.

IN Sachen Herrn L. Bischoffen zu Q Q. als Innhaber des Closters Baũgarten / Klägern ahn einem. Contra die Froschberger & cõ-

sorten, Vättern vnd Brüdern/ Beklagten am andern Theil/ Ist erkant / daß der in der einkommenen Klage angezogen Immenberg jhme dem Kläger aygenthümblich zustendig / als / Innhaber bemeltes Closters Baumgarten / Auch die Beklagten von demselben abzustehen vnnd gedachtem Kläger einzuraumen / vnd zu restituirn schuldig sein. Die Gerichtskosten in Camera auffgelauffen/ auß bewegenden Vrsachen Compensierendt vnnd vergleichend.

DEC. II. VOTVM IX.

In caussa Domini von L. F. Z. K.

Contra.

Deren Creditores.

Iniuriarum, propter famosum libellum editum a reo, ob quem notatus fuit infamia.

QVæstio consistit in sequentibus tribus punctis.

I An Camera competat Iurisdictio in personam, tanquã extraneã, sc. in D. Syluestrũ?
II. Quà via procedendum?
III. De qualitate pœnæ?

SVMMARIA.

1 Iniuria resultans ex aliquo actu, super quo litigatur, non potest prosequi nisi post finitam litem.
2 Delictum quando committitur coram iudice ciuili, tum ad iudicem criminalem remissio est facienda.
3 Camera in ciuilibus tantum, non in criminalibus cognoscit & nu. 21.
4 Iudici notorie de delicto constare debet. Crimen in iudicio quomodo puniendum.
5 Forum quis sortitur ex delicto & nu. 45.
6 Reus quando habet diuersos iudices, tunc competit electio actori, coram quo illum conuenire velit.
7 Aduocatus caussa temere prorumpens, cõuitians, maledicens, probris certans, dicitur delinquere, atque adeo puniendus, & qua pœna, per totum votum.
8 Iniuria atrox est, cum quis coram iudice iniuria afficitur.
9 Conuitiator siue verum dicat, siue falsum puniendus est. (punire potest.
10 Iudex ex officio delinquentem in iudicio
11 Delictum omne, quod in loco iudicii committitur, dicitur notorium.
12 Acta iudicii dicuntur acta publica.
13 Iniuriam in iudicio inferens statim post eã illatam condemnari debet.
14 Producens instrumentum, quod est pœnale producenti, eo ipso sine aliquo processu debet condemnari & cogi ad absolutionem pœnã. (temporis.
15 Dictio protinus excludit omne internallũ
16 Exclamans multum coram iudice potest mulctari, non solum pro offensa publica, sed etiam pro iniuria clara, subdole dicta contra aliquem coram iudice.
17 Scriptum famosum siue libellum publicans & publicari mandans, repertum nõ delens, non lacerans, aliis etiam communicans, eadem pœna tenetur qua auctor.
18 Publicatio libelli famosi eadem pœna punitur, qua compositio.
19 Iudex delegatus potest calumniantem corã se statim punire. (lite facienda est.
20 Iniuriæ iudicialis persecutio finita demum
22 Camerales habent ius puniẽdi delinquentes vsq; ad pœnam corporalem exclusiue.
23 Ordinem iudiciarium seruare est iuris ordinem seruare.
24 Delinquentes coram tribunali turbant iurisdictionem iudicis.
25 Confessio rei quomodo extorquenda.
26 Confessio partis optima probatio.
27 Pro Confessione a reo extorquẽdã cautela.
28 Testis varius & vacillans quando torqueri possit.
29 Reus cõstitutus corã iudice si nolit respõdere interrogationib. per verbũ non scio non recordor, potest cogi ad affirmandũ vel negandũ.
30 Citatio quando requiratur in notorio parte præsente. (cognoscit
31 Iudex delegatus etiam de ordinis motione
32 Aduocatus calumnians & falsum deponẽs extraordinarie puniri debet, non criminaliter & qua pœna num. 39.
33 Iudex ex officio suo arbitratu aliquẽ remouere non potest, nisi subsit iusta caussa.
34 Camera punit quosuis Aduocates ob delicta, iniurias & conuitia in iudicio cõmissas, inq; eo satis fundatã habet iurisdictionem.
35 Forensis litigans in foro alieno cogitur ad compromissum, & statutis illorum locorum ligatur.

36. Iu-

IN NOMINE
Domini, Amen.

QVOAD primum, plura concurrunt, quę nobis videntur adimere facultatem puniẽdi reum, præcipue, quod nõ est sub iurisdictione Cameræ, & secunda, quibus nititur RR. ad puniendum reum ex officio, consistunt super dispositione Ordinationis, quæ tamen non nisi de personis Cameralibus & iuratis disponit. Inde factum, quod ad primam 1 Missiuam R R. D. Pierius ad ordinarium rei remissus est. Item quod iniuria † resultans ex aliquo actu, super quo litigatur, nõ potest prosequi, nisi post finitam litẽ principalem. *l. siquidem. C. de iniur. l. si tibi sententiis. C. de lib. caussa. Ioan. Faber. in d. leg. siquid, ibi.* Non ante dicit, quod tamen lis 2 potest cteftari. *Henningg. conf. 1. lib. 3. nu. 15.* Item, quando † falsitas vel delictum fit coram iudice caussarum ciuilium, tunc ad iudicem criminalium remissio faciẽda est. *l. nullum. C. de testibus. Br. in l. Diuus. num.* 3 *4. ad l. Cornel. falf.* Item cum caussa ciuilis & non † criminalis Cameræ sit commissa, quod non habet in cognitione, nec in pronuntiatione. *c. B. & G. de offic. deleg. c.* 4 *cum dilecta, de rescript.* Item debet iudici notoriè † constare de delicto, nec sufficit eius præsumtio & visio ad puniendũ, quia ad hoc puniendum non sedebat. *Spec. in tit. de not. crim. §. 2. & §. iam de notorio & §. si vero.* Præterea non per modum exceptionis, sed accusationis, vel inquisitionis, 4 vel denuntiationis crimen † deductum in iudicio puniendum est. *c. cum dilectus, de ordin. cognit. l. Lucius, de his qui not. infam.* Imo formaliter debet deduci, vt iura statuunt. *l. libellorum, de accusat. c. examinata, de iud.* Tandem noua rixa cum senatu timendũ. Attamen † iuris est nori, quod 5 † iudex in loco delicti, delinquentem repertum in loco delicti, quo ad omnes effe- 6 ctus habet iurisdictionem, *per ea quæ dicit Wormſ. lib. 1. titu. 50. obſ. 6.* Item † quod electio est penes actorem, quando reus habet plures iudices. *l. 2. §. 1. ibi, demus actori electionem, ibi Br. in l. si per errorem nu. 3. in fin. de iurisd. om. iud.* Quod aduoca- 7 tus † siue patronus caussæ delinquat, si conuitiando, maledicendo temere prorumpat & probris certare præsumat, ideoque puniendus sit, satis liquet ex Ordinatione, recessibus Imperii, iunctis aliis legibus, & constitutionibus, *vt l. falsi nominis. §. 1. ad l. Corn. de falſ. l. quicquis. C. de postul. in auth. vt non luxurientur contra natur. ibi non si conuicia hominibus ingesta, &c. vt d. l. nullum. C. de testibus. l. 1. Cod. de calumniat. l. si quis aduocatus. C. de except.* Est enim atrox 8 † iniuria, cum quis coram magistratu vel iudice iniuria afficitur. *l. prætor edixit. §. fin. de iniur. §. atrox. Inst. eod.* & ob id statim punire potest eum is magistratus. *Parif. conf. 147. num. 11. 12. lib. 4. & per alia Menoch. lib. 2. Cent. 3. de arbitr. iud. question. casu 163. num. 23. & 24.* Nec refert hoc 9 casu, siue † conuitiator verum dicat siue falsum, *Coua. lib. 1. Variar. resol. c. 11. num. 6.* Et licet ordinatio de exteris, & non iuratis Cameræ aduocatis specialim non dicat: tamen per hoc eius auctoritas & puniendi potestas, nõ adeo diminuitur, quãdo ex iure communi puniendi facultatem habet. Quando enim in actu iudiciario fit 10 aliquod delictum † coram iudice, vel a parte, vel a Notario, vel a teste, vel aduocato, tunc iudex ex suo officio potest punire. *l. Athletas in fin. de his qui not. infam. l. 1. C. de calum. l. falsi § 1. ff. de falsis. gl. in c. illi. verb. & ideo supr. quast. 5. Angl. verb. falsarii. n. 25. post Br. in l. si quis obrepserit. n. 4. ad l. Cornel. de falſ.* Omne enim delictum † vel crimen, 11 quod committitur in iudicio dicitur notorium iuris, cum fiat apud acta iudicii, quæ dicuntur † acta publica, quia semper ad- 12 sunt ibi multi. *c. exceptionem. § final. ibi glos. de exception. not. in leg. gesta. Cod. de re iudicat. Menoch. lib. 2. cent. 2. de arbit. iud. quæstion. 166. l. 2. de custod. reorum.* Exemplum in specie ponit Luc. de Penna in Aduocato in iudicio delinquente. *in l. quoties. C. de dignitatib. li. 12. per d. l. § 1. de falſ. & l.*

properandum. §. illo procul dubio. C. de Iud. d. l. si quis aduocatus. C. de except. Et etiam in specie exemplum in commissa iniuria, quam litigantes, vel eorum aduocati vicissim in iudicio sibi inferunt, *per d. l. quisquis. C. de postul.* Et potest Iudex, inquit ibi Luc. de Penna, 13 † statim post illatam iniuriam inferentem condemnare, *per d. l. quisquis. facit bonus text. in l. supplicare. C. vt lite pendente, &c. vbi Bl. dicit n. 6.* Nota, quando quis producit instrumentum, quod est pœnale 14 producenti, eo ipso sine aliquo processu debet condemnari & cogi ad solutionem pœnæ, Idque significari in textu per dictionem 15 *Protinus*, † quæ excludit omne interuallum temporis, *vt notatur in simili in auth. de incert. nupt. in prin.* Quia ista est pœna emergens, & in emergenti non requiritur libellus & litis contestatio. Estq; id notorium iudici vt iudici, *per d. l. nullum. C. de testibus. Angl. in l. 3. C. de iniur. & in d. l. si quis obrepserit, de fals. Br. in l. si qua pœna, de V. S.* Si quis coram iudice multum exclamaret, quod posset mulctari, imo nō solum pro offensa publica, sed pro iniuria 16 † clara & subdole dicta contra aliquem in præsentia iudicis quis punitur. *Azo in summa. tit. de dolo argumento l. 2. §. Seruius autem, de orig. iur. gl. in d. l. quisquis. C. de postul. & ipse textus in verb. subdole.* Imo non tantum auctor famosi scripti siue libelli 17 punitur, † verum & is, qui non lacerauit & deleuit, sed publicauit & publicari mandauit. *Can. 1. 5. q. 1.* vbi dicit textus: *scripturam aut verba contumeliosa rumpat, si non vult auctoris factum incurrere.* Quia præsumitur libelli compositor. Nam nisi pub-18 licasset † vel protulisset, libellus frustra fuisset compositus & sine effectu iniuria. *l. vnica. §. 1. C. de famos. libellis. Menoch. de arbitr. quæst. lib. 2. Cent. 3. casu 163. n. 38.* Inprimis vero in hoc casu illud locum habet, tanto magis, cum notorium sit: famosum scriptum ex Mandato Syluestri per procuratorem productum esse iuribus vulgaribus. Et habent ista locum in hoc summo iudicio tanto magis, quod ab Imperatore & imperii statibus supremam auctoritatem & ordinariam Iurisdictionem cum ipso Imperatore concurrentem habet, vt satis notum est. Quod ita inferioribus iudicibus iure communi permittitur, imo iniungitur in temerarios & conuiciis obtrectatores, quantumuis speciali iuramento iudicibus non addictos; cur id ipsum summo huic iudicio prohibitum esse pu-19 temus? Et licet in iudice delegato ab † inferiore a Principe aliud obseruetur. *glos. in Clem. 1. de offic. deleg.* Secus tamen est in delegato Principis. *Ioan. Andr. ad Spec. tit. de test. §. 1. vers. quid de delegato. Abb. in c. de crimine falsi. Couarr. c. 18. n. 8. prin. quæst. Fle. c. preterea. n. 2. de offic. deleg.* Ergo tanto magis in hoc iudicio, &c.

Sic etiam non obstat, quod conuiciator noster non est iuratus Cameræ aduocatus: per hoc enim non liberam facultatem iurandi habet. Deinde licet persecutio † in-20 iuriæ iudicialis, finita demum lite, facienda sit. *Henning. cons. 1. n. 15.* Versamur tamen hic circa conuicia & iniurias non resultantes & procedentes ex aliquo actu, super quo litigatur, sed circa longe petitas, & ex maligno & temerario ausu protrusas, nec ad caussam controuersam facientes, quod satis euidens est. Sic etiam non fit remissio caussæ ex delicto coram iudice ciuili iudicialiter commisso, ad ordinarium criminalem, præsertim tali casu, quia allegatur textus *in d. l. diuus.* Et quod ibi dicit Br. loquuntur in casu, vbi Iudex delicti alias non habet auctoritatem puniendi, secus quādo potest punire, prout hic Camera ordinationis & iuris communis. *Innoc. in c. dilectus. de pœnis, Ang. in l. si vacantia, de bonis vacantibus.* Quod enim Cameræ non criminales, sed † ciuiles caussæ tan-21 tum sint commissæ. Ideoque non habet in pronuntiatione, quod non habet in cognitione: Negatur antecedens simpliciter verum esse, quia in † Camerales habet ius 22 puniendi delinquentes vsque ad pœnam corporalem exclusiue, constat ex ordinatione & concluso pleni senatus. Sic etiam alias, vt in nostro casu, vbi incidenter vel emergenter cognitio & pronuntiatio super dedicto interueuit, *per supra d. præsertim Bl. in d. l. supplicare. Cod. vt lite pend. Vant. de nullit. ex defect. iurisd. ordin. n. 49. 48. 50.*

Nec obstat quod Spec. *in titul. de notor. Crim. §. iam de notorio*, dicit, iudici debere notorie constare, nec sufficere eius præsentiam, cum ad eam rem animum non attendebat, quia factum præsentis caussæ constat, non iudici tantum, sed & tot aliis, qui sufficiant ad Notorium faciendum. Imo quod ad factum attinet, ex ipso scripto siue producto (quod multis præ manibus est, & semper loquitur, habetq; actum durantem & continuum) quo casu Iudex non recusatur, nec requiritur accusator vel denuntiator, non datur libellus, nec fit litis contestatio, non probatio. Imo tum ordinem † iudiciarium est iuris 23 ordinem seruare. *Spec. dict. leg. §. tam de notorio. n. 12.* Quibus accedit, quod delinquentes † pro tribunali turbant Iurisdicti-24 onem iudicis *c. 1. de off. iud. deleg.* Siue sint ipsi agentes, siue consentientes,

prin-

principales, siue fautores, inquit is textus: & offendunt eius iudicis maiestatem, *l. si lis C. de fals.* eiusque aut. s, *d. l. nullum C. de testibus*, ideo puniri debent, licet ad hoc non sederit iudex. Quod vero delictum secundum iura formaliter in iudicio deducendum esse dicitur, id locum habet, vbi processu iudiciario opus est, secus hoc casu *per supra allegata*. Tandem indignatio ciuium auctoritati Cameræ nocere nō debet, cum & id, quod per Cameram iure fit, in despectum & iniuriam ciuium male accipitur, nec eorum Iurisdictioni præiudicare recte prætendi potest.

Secunda quæstio est, *Qua via sit procedendum, contra reum*? Quod vero R.R. via & processu ordinario plane reiecto ex officio reum plectendum intendat, ex prima missiua satis liquet. Si itaque pœna extraordinaria ex officio iniungenda, tunc per communiter tradita requiritur facti notorietas & euidentia. Factum quidē in se, quoad illatam iniuriam & conuicium, ex producto inter acta iudicialia manifestum esse notorium satis est. An vero reus eius sit auctor vel compilator, mihi quidem dubium non sit, tam ex depositione Lommii, præsertim iam eius Protocollistæ & Ingrossistæ Cancellariæ huius L.L. quam ex communi fama & opinione vulgi, & quod ipse non tantum est aduocatus caussæ, sed etiam in scriptum produci mādauit, ratificauit, & primum suum conceptum (quod magis erat punibile & contumeliosum) correctum, & tanquam iustam & probabile, ad producendum commendauit & approbauit, sed an ex hoc nō vocatus, nec auditus, puniri statim possit, non nihil dubii & periculi habet. Ego (vt paucis me absoluam, siquidem notorietas non plane sufficiens exsistere videri pōt, tutius esse putarim, vt vel confessionem rei, vel exhibitionem primi concepti habeamus. Simul etiam non intermitterem, per inquisitionem, modo solito, eius scribam, qui ex concepto suo primas copias fecit, examinare: quod fieri posse arbitror per supra dicta & quæ sequuntur. Confessionem quidem Syluestri assequi possem, per interrogationem ei faciendam, ad quam respondere tenetur de veritate † & credulitate, *l. 2. §. 1. de iuram. cal. c. præsentia. de test ib. tit. 6.* Non enim est melior probatio talibus † casibus in specie, quam confessio partis, *l. qui de inofficio. testam. Innoc. in cap. ex literis de iureiur. c. dudum. la. 2. ibi gloss. verb super processu, de elect.* Et hic tanquam melior modus per iudicem inuestigandus est, *auth. quib. mod. natural. eff. sui post prin.* Ita in proposita quæst. tradit eleganter Lucas de Penna, *in d. l. quoties. C. de dignitat. lib. 12. circa med.* vbi etiam dicit, quod iudex non debet simpliciter † seu dubitanter interrogare, an crimen illud commiserit, sed assertiue dicere, *notorium est, quod tu commisisti illud crimē in hoc iudicio siue curia, iudice sedente pro tribunali.* Obiurgando illum dicat: *Quare tu hoc perpetrasti*? Et hoc probat ex multis similibus, etiam ex sacris veteris & noui testamenti. Vbi etiam concludit & probat, quod non tantū † testis, sed etiam principalis varius & vacillans tali casu torquendus sit. Et dicit Bald. *in l. accusationem, vers. super hoc melius C. qui accusare non possunt.* Quod si reus constitutus coram iudice, nolit respondere interrogationibus † per verbum, *non scio, non recordor*, vel alia dubia, possit cogi ad affirmandum vel negandum. Et Clarus *lib. 5. § fin. cap. 45 num. 6* dicit, esse bonam practicam, se vidisse sępe obseruari, pſertim quādo quis interrogetur de facto proprio, de modico tempore, & de quo alii solent communiter scire, prout iudex debet arbitrari. Et ita seruandum dicit ponendo præiudicium in facto *de 18.* Octobr. Anno 54. An vero hac via potius quam per iudicium siue edictum exhibitorium sit compellendus, vel sufficiat, quod Syluester est aduocatus caussæ, & ipsius mandato productio facta, *cap. qui facit per alium de R. I. in 6. l. is damnum dat ff. eodem*, mihi non satis constat. Ego tamen præmitterem priorem modum. Posset enim fieri, vt secundo non opus foret, quam viam etiam ægre impetrabimus. Et quod tutius sit ad meliorem informationem nostro casu inquirere, & etiam vocare partem, moueor per ea, quæ eleganter tradit Br. *in l. scriptus num. 8. de relig. & sumt. fun. & Spec. in tit. de not. crim. ff. iam de notorio, num. 12. 13. 14.* Licet enim non † opus sit citatione, quando pars adhuc est præsens in notorio iudici vt iudici, tantum die elapsa & maxime parte absente, putatur necesse, vt vocetur ad sententiam vel impositionem pœnæ, *Br. in d. l scriptus num. 4.* Et dicit Br. *in l. 2. ff. si publico, de adult. nume. 8.* quod vbicunque iudex incidenter cognoscit de crimine, ipse potest per inquisitionem cognoscere & descendere ad specialem inquisitionem propter notificationem sibi factam; præsertim vbi committitur magna offensa coram iudice, *per d. l. 1. C. de calumniatorib.* Et idem in aliis delictis, quę coram iudice committuntur, *ibid. num. 9. & 10.* Et ponit Ang. *in ti. de malefic. in verb. Hec est quędā inquisitio practica*, videlicet primo inquisitionem faciendam, & postea super ea in-

FF

quisitione interrogandum & examinandũ, prout id ipsum refert Iul. Clarus *li. 5. c. 6.* Si autem adeo duræ ceruicis forent hi ambo, vt vel nolint comparere vel respõdere, tũ in arbitrio dominorũ consistit, an non adsint aliæ sufficientes rationes pro puniendo Syluestro absque interrogatione, vt quia curauit produci famosum scriptum, non celauit, sed propalauit, & publicauit libellum iniuriosum per supra dicta, prout & ego hinc eum puniendum omnino existimarem.

Tertio, ad pœnam iniungendam quod attinet, cum ea arbitraria sit, & extraordinarie imponẽda, propter querelam extraiudicialem RR. & applicationem ordinarii processus, ordinariæq; pœnæ, quæ Syluestro multo grauius iniungenda alias foret, putarem sufficere, si reus repellatur ab aduocatura hu⁹ iudicii. Quod maxime in summo hoc tribunali fieri potest. cum etiam delegatus † de repellenda persona tali casu cognoscat, *Innoc. in d. c. dilectus de pœn. & ib. in addit. & Angel. in tit. de malefic. verb falsarius §. qui vero testis. num. 25. post Br. in l. quoties. in fin. C. de iudic.* Et Frãcisc. de Ranconib. *in l. 3. C. de cond. ob turp. caus. sm*, in simili dicit, quod saltem extraordinarie † poterit semper puniri falsum deponens coram illo iudice, qui alias non potest puniri criminaliter. Eaque bene notanda dicit, quia sæpe in practica venit. Dum enim ipse RR. reo hanc pœnam infligendam contentus est, n obis cautius, cum Syluestro propter eius insolentiam & temeritatem agendum, eam interdictionem des aduocierens vnnd solicitierens/ oder was da sein mag an diesem Keyserlichẽ Cammer Gericht / quæ in se habet quandam ignominiam, sufficere existimarem. Licet enim iudex † ex suo arbitrio, ab officio aliquem amouere non possit, *late Rom. in cons. 467. Paris. de puteo de syndic. verb. arbitrium. num. 8.* tamen cum iusta caussa subest, fieri potest, *per eundem Rom. d. loco*, & præsertim propter commissum delictum, *cap. 2. in fin. & cum ad monasterium. de statu Monach.* Sed hic quoad Syluestrum non fit remotio officii vel priuatio, cum nunquam fuit in ordine receptorum aduocatorum: ideo tolerabilius ac mitius cum eo, agitur hac impositione pœnæ extraordinariæ.

31

32

33

Quo modo & qua forma prohibitio & interdictio fiat, mallem informari, quam determinare. Putarem tamen, prout præmissum, ex officio iudicis habita sufficienti inquisitione, vel confessione partis, id fieri posse in scriptis sub sigillo, in forma mandati inhibitorii pœnalis, per pedellũ siue alium nuntium ei insinuatum, & prout Dominis videbitur, cum aliquali caussę insertione & significatione, adeulus instãtiam id fiat, tamen simul etiam omnibus procuratoribus sub graui pœna interdicerem, ne recipiant eius producta siue scripta, aut alia acta iudicialia, vel ab ipso, vel ab aliis, mediate vel immediate ad iudicialiter producendũ oblata. Concludo finaliter, Cameram † punire aduocatos quosuis ob delicta, iniurias & conuicia in iudicio commissa, inque eo satis esse fundatam eius iurisdictionem: nec opus, vt ordinarius instituatur processus, & in hoc angustetur auctoritas & iurisdictio Cameræ, contra expressa iura, & constitutiones imperii: dictamque pœnam tanquã mitiorem, quàm Dominus RR præscribit, ex rationibus supra dictis pro ncnc Syluestro infligendam esse. Saluis & Quoad Lommium quod ille non minus puniendus sit quam Syluester, ex supra allegatis rationibus iudico. Cumque Domini examinibus & inquisitioni a? fuerint præsentes, superfluum puto multis de his agere: siquidem de eis perpetratis satis liquido constat. Constituitur autem Lommius, si non in expresso dolo, quoad famosum productum, tamen alias multifariam in latissima culpa, ne quid dicam grauius. Culpandus enim, quod passus est sibi persuaderi ad producendum scriptum punibile, contra expressam prohibitionem ordinationis. Item non erubuit subscribẽdo se d. scripto protestati, & contrario facto ipsam impugnare protestationem. Item quod recepit ab Syluestro id scriptum, quod præsumtiue sciuit, esse contumeliosum, & potius opprimendum fuisse. Item cum noluerit vel non potuerit idipsum legere, quod procuratorem substitutum N. Q. R. ad legendũ non exorauit. Item nec ignarum præmonuerit, sed subdole & incaute substituto obtruserit. Item impudentissime mentitus, se propter ægritudinem non potuisse legere, nec legisse rescriptum, contrarium attestantibus domesticis. Item perfricta fronte & posthabitis iuramentis, nec minus in despectum Domini præsidis & assessorum veritatem studio & pertinaciter obtinuerit. Itẽ in respõdendo ad interrogatoria fuerit varius, inconstans, fallax & contumax. Item ꝙ secũdum scriptũ, quod correctum prætendit, non adumbrauit, deleuit, vel lacerauit, si iniuriæ particeps esse noluit, sed potius publicando ratificauit. Hinc concludo, ipsum non minus, quam Syluestrum priuatione muneris procuratorii, in S. iudicio plectendum. Nisi

34

forte

forte domini mitiori modo putarent agẽdum, imponendo ei mulctã pecuniariam.

Votum Correferentis.

Concludit cum D. Referẽte, iurisdictionem fundatam: cum Domino referente concludit: processum ciuiliter non criminaliter instituendum putat, *argum. eorum quæ tradit Clarus quæst. 5. in sua praxi crim. vers. item quia &c. & vers. fecus esse.* Forensis 35 † cogitur ad compromissum litigans in fore alieno, & statutis illorum locorum ligatur. Cõcludit ex rationibus prælectis, fundatã esse Camerã & aduersus non iuratos, & extraneos aduocatos ratione delicti cõtra ordinationem in iudicio commissi ad hoc, vt pari pœna plecti possint.

Qualiter procedendum sit, non caret scrupulo. Cõmunis opin. est per iudicem domicilii reum citari debere, *cap. postulasti 50. n. 13. & c. fin. de foro compet.* Quando 36 reus est extra territorium, tum † iudex delicti nullam habet iurisdictionem. *Clarus quæst. 51. vers. sed hæc quidem &c.* In delicto tamẽ quis sortitur forum, siue ibidem reperiatur, siue non, & eo casu debet fieri remissio a iudice domicilii ad iudicem delicti. Concludit quoad secundam quæstionem qualiter procedẽdum. Assertum auctorem libelli nostri famosi omnino citãdum vel vocandum, & audiendum esse, an forte se purgare & defẽsiones habere possit. Vtcunque enim hoc propter iam a nobis explorata non præsumitur. Tutius tamen erit, imo & ciuilius & æquius esse ducit, vt prius audiatur. Verum quoad modum vbi omnis difficultas consistit, & ideo cautius agendum existimat ante omnia tentãdum, an ad Pedelli vocationem cõparere, & quidnam excipere velit. Si n. se sistere nollet, tum a Spirensib. impetrari posset, quia & ipsum cogere tenerentur. Quia v. hoc valde præiudiciale, & Camera latiorem potestatem, quam alii iudices etiam immediati in hisce habere videtur, adeo vt alias contra quamcunq; etiam sine clausula procedere & mandare possit, ipse assertum nostrum reum per mandatum pœnale vel saltem sub cõminatione solita, quod nihilominus fieri debeat, quod iuris est, & postea per citationem a fiscali impetrandã, ad videndum nimirum, se declarari in pœnam, &c. vocandum. At posset deinde si cõparuerit cum præsente & audito, ad pœnã extraordinariam procedi, prælecto simul ex scripto decreto collegii contumaci, itemque omnibus procuratorib. sub iuramento & pœna iniungi, ne vllam supplicationẽ, scriptum vel productum ab eo cõfectum recipiant, multo minus producant, in eoque diligentissime aduertant. Mallẽ tamen ipsi ad domum insinuare eiusmodi mãdatum inhibitoriale & pœnale.

Famulum siue scribã eius, non tantum pro ferendo testimonio, sed vt auxiliatorem & socium quodãmodo delicti vocandum, examinandum, & similiter iniungendum puto, ne post hac in vlla caussa, q̃ huc pertinere possit, Dominum suum scribendo vel opa sua vllo modo adiuuet, præmisso prius illicito eius excessu, quoad hoc ipsum cõtumeliosum scriptum, q & reliquis scribis interdicerem, ne in posterum similia committant, sibique caueant.

De Lommio per omnia, vt Dn. Ref. & quoad pœnam mitiorem, pecuniariam, sc. ex caussa aduersæ valetudinis, absentiæ, protestationis, & primi scripti restitutionis. Velim tamen vt vltimo loco sistatur inter procuratores, ne remouẽdo ipsum in totum id propter piurium fieri, & sic ipsum grauius notari quispiã existimet. Non n. dubito, quin hoc ipsi, & omnibus satis magno exẽplo futurum sit. Interim autem de grauiori quoq; pœna rem omnino exaggerãdam esse arbitror.

VOT. III.

Hoc votum prælectum fuit in scriptis per Protonotarium LL. Putat iurisdictionem fundatã, & scribam Syluestri citãdum prout iam pulsus fuit Noren, & alii subditi Senatus in caussa Erbens. Syluestrum quoq; citandum, & super delicto audiendum q si non compareat in cõtumaciam, potest illi iniungi pœnã remotionis ab officio aduocandi in Camera vt D. Ref. Et procuratorib. non solum iniungendum, ne producta ab eo recipiant, sed etiã partibus, quarum aduocatus est, in continẽti significent, illum a munere & officio aduocandi in Camera esse remotum & depositum & prohibitum, ipsismet procuratoribus ne quicquã recipiant a partibus q concepit Syluester, sub pœna amotionis ab officio. Pecuniariam pœnam Lommio minime imponere põt, ob multas & varias caussas. Apparet n. collusio inter Syluestrum & Lommium. Et si quis dicat, dolum in Lommio, nescit quid similius vnquam dolo fuerit? Tum et propter ipsius depositionem non solum variam & falsam, sed & quæ in se periurium habet. Vnde cum † pro- 37 curator in hoc summo consistorio vir debeat esse bonus, constans, redlich vnd auffrichtig/ prout iuramentum ipsorum dictat, bona conscientia Lommio neq; in suam, neq; partium suarum animã iuramentum deferre, aut etiam fidei illius partes committere posset. Quare cum ipse se indignũ fecerit, plane & simpliciter amouendum censet, ab officio. Saluis. &c.

VOT. IV.

Felin *in cap. a nobis. l. 1. num. 1. de sent. excomm.* & Clar. *lib. 5. § fin. quæstio. 85. vers. secundus est casus*, Forenses † statutis pœnalibus subiectos esse concludunt. 38

Concludit vocandum & super interrogatoriis examinandum Syluestrum. Casu, quo non comparuerit, per Senatum ciuicum subsidiarie sistendus.

Qua pœna plectendus, cum D. Refer. eligit remotionē ab officio aduocationis.

Quoad Lommii personam, concurrit in sententiam Domini Refer. quoad priuationem officii, non pœnam pecuniariā.

Quoad formam, censet per sententiam publice proclamandam, cum pœna imponatur in terrorem omnium, & non prius atque alterius tantum, & quia publice deliquit, igitur publice puniendus.

VOT. V.

Præsupposito iurisdictionis fundamento & processu contra Syluestrum, in quo vtroque sentit cum D. Referente. Putat pro reuerentia & dignitate amplissimi huius consistorii conseruanda (cui quodammodo ignominiosum esset, si turpes & improbi Sycophantæ atque Formiones coram eo tam libere & impune iniuriosis & procacibus scriptis altercari permittantur *iuxta l. 1. §. secundo loco cum sequen. ff. de postulat.*) Eum non modo † repellendum ab omni aduocatione caussarum hic in Camera pendendum: sed etiam pœna pecuniaria Imperiali fisco applicanda mulctandum, *per text. dict. l. 1. §. qui aduersus ff. de postul. l. 1. §. fin. ff. de offi. præfect. vrb. l. moris 9. in princip. de pœn. Felyn. in rubr. de fide instrum. num. 2. Mar. pr. 6. iudiciorum de inquisit. nu. 181.* Et hoc ideo, quia etiamsi Cameræ non sit iuratus, nihilominus Ie. Romanæ, quib. nomen dedit, ipsum admonuisse † debuissent, tales immodestos & petulantes aduocatos, vbique tanquam perfidos reprehendi, *per l. quisquis C. de postulando.* Maxime in eo iudicio, in quo ita delinquunt, *per l. ex ea. ff. de postulan.* damno famæ & opinionis eum non mulctaret, tum quia statum aduocati hic in Camera non sustinet, tum † etiam quia licet iuratus aduocatus esset, tamen quia ipsa Ordin. *pr. 1. titulo sexagesimoquarto*, in huiusmodi petulantia verborum ibi Lesterungen/etc. talibus nō nisi pœnam arbitrariā, nach Ermässigung des Gerichts/ infligit, non grauius mulctarem. Item de procuratore Lommio. 39 40 41

VOT. V.

Concludit ex rationibus ex scripto prælectis. I. Quoad personam Syluestri, nos esse in iurisdictione fundatos, eumque ob delictum a Camera citari posse. Licet cautius ageremus, si citaretur in loco delicti, scilicet in audientia, quam sæpe solet frequentare. Famulum tamen suum per modum inquisitionis prius examinandum ad Syluestrum eo melius conuincendum. Quo examinato, demum & Syluestrum vocandum putarem, atque super certis interrogatoriis a D. Referen. concipiendis examinandum. Quod si vero contumax emanserit, vt verendum, qua via procedi posset, me declarabo, si casus contigerit. Si vero ad citationem nostram comparuerit, & de consiliis fuerit, vel ex testium dictis, vel sua confessione conuictus, vel casu nō satis probato, ex eo capite, quod scriptum iniuriosum vel famosum suo mandatu fuerit exhibitum, non repugnabo, si pœna extraordinaria puniatur, & omnis ei in posterum aduocandi & sollicitandi in Camera facultas interdicatur. Mallet tamen mitiorem viam eligendo, hanc facultatem ei adimi, sub decreto extraiudiciali, seu mandato inhibitoriali & pœnali in scriptis concepto, ei ad domum insinuando, quam vt in publica audientia, tanquam calumniator manifestus publice proclametur. Nam hanc proclamationem iudicis, ille similem & æquipollentem ducit sententiæ, quæ alicui alias ad petitionem partis iniuriarum ad reclamationem agentis imponit iudicialiter recantationem, quæ sententia † non solum facto, sed etiam ipso iure infamat, Nemlich/ daß er zu viel vnnd vnrecht gethan/ & propterea ad instantiam RR. certa pœna sit puniendus, *per leg. Athletas § calumniator, de his qui not. infam. & l. infamem. de public. iudic.* In famulum vero nulla pœna animaduerterem, quia prorsus omni iniuriandi animo destitui videtur, qui describendo, iudicialiter exhibendo, dolo omni vacat, & tanquam iuris imperitus & styli forensis, bona fide potius mandatum Domini in describendo exsequi voluit, nec iniuriam absque animo iniuriandi inferre potuit. 42

Quoad Lommium, placeret magis pœnam differre, vsq; ad relationem caussæ. In euentum tamen magis acquiescerē pœnæ mitiori, nempe pœnæ pecuniariæ, vel, vt vltimo loco iudicio sistatur. Illud n. in primis considero, quod cum protestatione de non approbatis approbandis subscripserit, quæ licet non excuset: tamen quia cōmuni errore, in quo omnes fere procuratores cōstituti sunt, sibi prospicere noluit, vt animū iniuriandi plene abesse demonstraret, ideo mitiori quoq; pœna puniendum cēserem, tanquam eum, qui saltem latissima culpa vacare non posset.

VOT.

VOT. VI.

An iurisdictio in præsenti nostro casu fundata sit in persona Syluestri tanquam forensi, in prima deputatione sententiam meam aperui, in qua & nunc persisto. Forensem 43 † scilicet delinquentem, coram alio iudice, subijci iurisdictioni illius, & eandem quasi prorogare, *l. 1. & auth. qua in prouincia. C. vbi de crimin. agi oporteat. Zasi. consi. 14. num. 59. lib. 1. Dyn. in l. fin. de accusa.* Forū etenim 44 † delicti ratione quin omnes sortiantur, nulla est dubitatio, *text. est in ca. postulasti. 3. in fin. de foro. compet. late Duen. in 378. Suarez. in com. opin. verb. forum, &c. Bl. & Salyc. in leg. 2. C. de iurisd. omn. iudic. l. heres absens in prin. & §. sequen. de iudic. Can. in cap. licet. de foro compe.* Et in delictis principalis forus 45 † est forus delicti. Vnde omnis cognitio oritur & reuertitur illuc, *cap. sicut in fin. de accus. Bl. in l fin. C. de edict. D. Adria. zollen. colum. 5.* Hinc fit, quod in 46 delictis statuta pœnalia † comprehendant extraneos & forenses, ac si essent subditi statuentium, *per ea quæ tradit Zasi. d. glossa. nume. 50.* Et hanc sententiam communem dicit Alciat *in cap. pernitiosam, nume. 67. de offic. ordinarij*, vbi copiose hanc materiam 47 illustrat. Forum † namque sortiri, & legibus seu statutis loci ligari paria sunt, *Gail. obseruat. 35. nume. 6. lib. 2.* Regula namque 48 illa † quod quis ratione delicti sortiatur forum, inter alios & hunc producit effectū, quod tribuat iurisdictionem ei, qui alias in delinquentem nullam habebat. *Ab. in c. fin. nu. 6.* Vbi 4. huius regulæ recēset effectus, adeo vt etiam præuentio locum habeat, q; scilic. iudex delicti iudicem territorii præuenire possit, & contra. *auth. in ca. 1. de const. 1. lib. 6 Hartmannus Hartmanni lib. 6. de accusat. obser. 8.*

Concludo igitur iurisdictionem Cameræ ex dictis rationibus satis fundatam, Syluestrum tamen tanquā reum prius audiēdū, & per Bedellum vocandum esse ad euitādā nullitatis vitij obiectionē, ne forte parte inaudita & nō vocata, ad pœnæ cōdemnationem processum esse, cuiquā videri posset. Interrogatoria aūt D. Syluestro proponenda conficerem secundum doctrinā L. de Penna supr. a D. refer. allegatam. Quod si ad citationē factam cōparere cōtumaciter recusauerit, via mandati pœnalis inhibitorij ad hoc adigendus erit. Pœnam autē nullam aliam nisi interdictionē in Camera illi dictarem, *iuxta l. moris. in pr. & §. 1. de pœn. Et Mar. pr. ti. nu. 182. de inquisit.* Eamq; p formā decreti vel sentētię illi imponerē, non quidē verbis directis in psonam eius cōceptis, sed procuratorib. omnibus publice iniungendo, ne vllum scriptum vel productū a Syluestro conceptum, per se, subditos suos vel alios, ad producendū iudicialiter oblatum recipiant, sub pœna remotionis ab officio. Per hoc enim D. RR. per indirectū consequitur id, quod directo petiit. Et nos hac ratione contradictione senat' huius ciuitatis, cui' iurisdictioni alias D. Syluester subiect' est, tuti esse possumus.

Quoad Lommium amplector sentētiam, quoad remotionem ab officio.

VOT. VI.

Quoad iurisdictionem non dubitat. Syluestrum v. auctorem iniuriosi scripti esse non tam ex Lōmii quā Ottonis procuratorum depositionibus constare puto, quæ cōfirmantur & per ingrossistam LL. itemque Prothocollistam Lommii, qui conceptum originale manu Syluestri scriptum, atq; hinc inde ab eodem correctum se vidisse attestantur: atq; vlteriori indagatione opus non esse, quilibet facile cōcessurum puto: tamen non displicet dominorū sententia, existimantium vocandum ēt ipsum Syluestrum per Pedellū seu notarium, & ex doct. Luc. de penna a D. Ref. alleg. non interrogādum, sed ob iniuriam tantummodo RR. notorie ac indubitanter illatā obiurgandum. Casuq; quo factū confiteatur, res plana erit: sin vero id negauerit, iuris sui subterfugia qualiacunque illa sunt q̄sierit, locum nihilominus puto iudicis arbitrio, pro puniendo eodem ob mandatum famosum illud scriptum iudicialiter, producendi procuratori factū, ratihabitionēq; iniuriarum inibi cōtentarum, quæ ex iā d. mādato elici satis potest. Quod idem procedere existimo, in casū, quo Syluester, ad vocationem Pedelli seu notarii comparere nollet, sed contumaciter se absentaret, vbi tamen adhuc pmitterem mandatū seu citationem ad cōparendum, non quidem sub pœna pecuniaria (q̄ processum ordinariū requireret, caussaq; differret) sed tātum sub cōminatione, q; nihilominus fieri debeat q; iuris est. Et tum, si in contumacia adhuc perseueret, putat ex supra dicta (ratione sc. mandati pcuratori facti) eū extraordinarie & quidē interdictione muneris aduocatiæ in Camera puniendū. In modo aūt & forma interdictionis ille iis Dominis accedit, qui publicandam eam per sententiam existimāt. In qua simul procuratorib. iniungendum, ne scripta Syluestri qualiacunq; in posterū recipiant iudicialiter ue producant, partibusq; suis sententiæ huius tenorem quam primum significent. Lommium quoque Procuratorem, ex caussis ante ipsum allegatis, officio suo priuandum censet.

VOT. VII.

Septimus semper in hac fuit sententia, vt Cameram tam Aduocatos, quam procuratores in iudicio delinquentes: siue forenses, siue iurati sint, ex officio punire posse existimauerit. Quo ad modum procedendi sentit cum D Ref. in eo, vt ante omnia Syluestrū im Namen des Herren Cammerrichters / per aliquē Notariorum vocandum, modoque per d. D. Ref. prescripto interrogandum, examinandumque esse putet: Ita quidem, vt hoc magis assertiue, quam dubitatiue fiat. Omnino etiam cauendum, ne in lōgiorem disputationem cum D. Syluestro nos intromittamus. Siue autem is ōpareat, siue non, eidem tanquam testibus, adeoq; re audientia iam abunde conuicto, munus aduocandi ad Cameram omnino interdicendum cum Dominis concludit. Quamuis autem ante hac in ea sententia fuerit, vt hoc ipsum in publica audientia, adeoq; iudice pro tribunali sedente, faciendum putarit: re tamen diligentius considerata consultius, imo tutius esse credit, si per modum mandati pœnalis sine clausula id fiat, ne forte cū magistratu ciuico, alias plus satis contra nos incitato, in nouas rixas & disputationes, nulla necessitate cogente, incidamus. Interim tamen procuratoribus per sententiam publicam, quod etiam inuito Senatu absque vllo periculo fieri poterit, sub graui pœna interdicendum, ne in posterum vlla scripta a D Syluestro ad producendum ipsis oblata quoquo modo recipiant. Maxime si ab eo concepta seu cōposita esse scirent, vel verisimiliter pſumere possent. Hoc n. ipso facile omnibus innotescet D. Syluestrum ab aduocatura huius iudicii esse repulsum. Et R. R. hac via non minus, quam si publice & expresse a munere aduocandi per sentētiam remoueretur satis fieri, resque omni periculo & futura disputatione, quoad Senatū, carere potest.

Quoad Lommium simpliciter concludit cum illis Dominis, qui putant eum ab officio vel statu procuratorio per publicam sententiam amouendum, auff Form vnd Weis / wie mann sich dessen fernner zuuergleichen. Deliberandum tamen, si post aliquod tempus lapsum, bonorum virorū intercessiones pro ipso in Camera fierent, an non forte ad pristinum statum procuratorium ita restitui posset, das er zu vnderst auffstehen / vnd 100 gülden zu Straff in Armen Seckel erlegen soll / prout nunc se non resoluit, sed dominis suo tempore cogitandum relinquit.

VOT. VIII.

DE iurisdictione non dubitat, putat Syluestrum audiendum, & per pedellum, prout moris in Camera, non per notariū citandum & puniendum. Casu, quo non comparuerit, vult eum citare sub pœna pecuniaria fisco applicanda, postea ipsum per sentēdam publicam vult condemnare, priuatione ab Aduocatia. Lommium vult priuare officio.

Quia igitur omnibus conclusum, Syluestrum prius citandum, & super facto audiendum esse, ideo per notorium OO. 18. Ianuar. anno 86. vocatus est. Qui tamē eo die non cōparuit, sed propter aduersam valetudinē spatium 4. dierū petiit. Ideoq; 21. Ianuarii iterum citatus comparuit, vbi ei per Prothonotariū L. L. in scriptis praelectum est, vt se incontinenti declarer, waß jnen darzu beweget / solches famoß scriptum contra RR zuuerfertigen / vnd Lommio iudicialiter zu producirn zu zustellen. Darauff er Copiam solches Fürtragens / das er die Contenta desselben recht verstehen vnd einnemen köndte / vnd terminum deliberandi gebetten. Dieweil aber diese Ding in facto proprio stehen / darvber er nicht viel deliberierē bedarff / auch mann gemercket / das er vortheilhafftiger weisse / vnd zum Verzug der Sachen solche dilation sucht / ist jhme sein begehren der Copey vnnd temporis deliberandi halben abgeschlagen / Sonder D Syluestro nachmals sich alsbald zuerklären aufferlegt worden. Damit er aber sich destoweniger zubeschweren / so solte es jhme noch ein mahl / vnnd so offt er wolte / auch so langsamb fürgelessen / daß er es notiern vnd auffschreiben könne / welches denn auch geschehen / vnd D. Syluester daß fürgehalten / de verbo ad verbum in ein Schreibtäfelein auffgezeichnet / Aber damit nicht zu frieden gewesen / sondern zum offtermahl deliberandi tempus gebetten. Als jme aber solches allezeit abgeschlagen / mit vermeldung / daß diese Sach nur auff diesem einigen Puncten beruhe / Nemlich / waß jnen zu Verfertigung vnd Producierung solcher Schrifft bewegt / vnnd daß er sich auff diesen Puncten in continenti wol / tanquam in proprio facto erklären köndte / hat er einen kleinen Abtritt gebetten / aber nicht wider kommen / sondern one Erlaubnuß daruon gangen.

Sententia.

IN Sachen secundæ appellationis Dn. L. F. Z. K. wider desen creditores in actis benent / belangend. Ist die von wegen ermeldts Herrn den 23. Septembr. Anno 84. einkommene Ableinungs Schrifft als den gemeinen Rechten / Reichs constitutionē, vnd Ordnungen

gen zuwieder / vnd Schmähhafft nicht angenommen / sondern verworffen / jedoch jme Herrn L. F. Z. seine Notturfft / wie sichs gebühret / nochmals fürzubringen / dardurch vnbenommen / Auch Lommius, auß hochbewegenden Vrsachen / vnd sonderlich vmb deßwillen / das er solche Famosschrifft / von D. Syluestro zu producirn angenommen / vnnd dieselbige gerichtlich eingeben / seines Procurator Standts hiemit priuirt vnnd endtsetzt / Aber ermeldtem D. Syluestro, bey Straff 20. Marck lötigs Goldts dem Keyserlichen Fisco ... vnnachläßlich zuentrichten / keiner Parthey / wie die sey / in Sachen an diesem Keyserlichen CammerGericht hangend / mit aduocirn, sollicitirn, supplicirn, reuidirn, corrigirn, glossirn, noch in andern wege zu dienen / hiemit gäntzlich benommen / interdicirt, verbotten. Vnd solches alles von Amptswegen.

Lezlich auch dieser Gemein Beschaydt / daß alle dieser Keyserlichen Cammer-Gerichts Procuratores, bey dem Aydt / damit sie demselben zugethan / auch Endtsetzung jhres Procurator Standts / vnd andern Straffen / nach Ermässigung / fürter kein Schrifft / Handlung oder anders / wie daß Namen haben mag / durch D. Syluestrum dem Partheyen aduocando, sollicitando reuidendo, supplicando vnnd sonsten gefertigt / concipirt vnnd gestellt / weder iudicialiter noch extraiudicialiter einzugeben / von jhme oder andern annemen / vnnd an diesem Keyserlichen CammerGericht producirn oder producirn lassen / auff kein Weiß noch Weg / ohne alle arge List vnnd Geuehrde. Auch solches allen denen Partheyen / welchen sie neben gedachtem Syluestro procurando biß daher gedienet / vnuerzüglich vnnd mit Vbersendung dieses Beschendts ankündigen vnd zuwissen machen sollen.

Primus. Vult omittere illa verba, bey Endtsetzung jhres Procurator Standts.

Secundus. Post verba: Aber ermeldtem D. Syluestro vult adiicere, als Aduocaten dieser Sachen.

Verbum hangendt / vult omittere, vult addere consulirn.

Tertius. Dubitat, an sint addenda verba als Aduocaten. Omittit verbum hangendt & verbum consulirn.

Quartus. Verba secundæ appellationis. will er nachsetzen / dictionem Schmehafft will er vorgehen lassen / & sequitur als Schmähhafft der gemeinen beschriebenen Rechten / etc. Pro verbis, wie sich gebühret / vult ponere gebührlicher weiß / Aber ermeldten D. Syluestro vult ponere Dann ermeltem / D. Syluestro als aduocato caussæ, &c. Vult exprimere in pœna toties quoties.

Pro dienen / ponit gebrauchen zulassen / vult inserere verbum consulendo.

Post dictionem extraiudicialiter ponit illa verba wissentlich oder vermüthlich.

Quintus. Verba hochbewegenden Vrsachen, vult omittere, quia nullam aliam caussam, nisi periurium habent.

Verbũ, Als aduocato caussæ vult inserere.

Vult tantum ponere aduocirn vnd cõsulirn, quoniam illa duo verba omnia sequentia comprehendunt.

Von Amptswegen illa verba will er in fine des gemeinen Beschendts setzen / quia omnia fiunt ex officio.

In fine pro verbis ankündigen vnnd zuwissen / etc. ponit berichen sollen.

Sextus. Quoad dictionem Schmähhafft. vt quartus vult addere als aduocatus caussæ.

Septimus. Vt reliqui.

Octauus. Verbum secundæ appellationis post ponit.

De verbo, Schmähhafft / vt Quartus seine Notturfft / ibi addit, förmlich vnnd ohne alle Schmache / wie sich vermöge der Ordnung gebührt / fürzubringen. Consulendo addit.

Sententia Publicata 21. Ianuarii, Anno 86.

IN Sachen Domini von L. F. Z. K. wider dessen creditores in actis benät / secundæ appellationis, ist die von wegen ermelts Herrn den 23. Septembr. Anno 84. einkomene ableynnungs Schrifft als mehr schmähafft / vnd den Gemeinẽ beschriebenen Rechten / Reichsordnungen võ Abschieden zu wider / nicht angenommen / sondern verworffen / jedoch jhme Herrn L. F. seine Notturfft / vnnd wie sichs gebührt / nochmals vorzubringen / hierdurch vnbenommen. Auch Lomm vmb

deß willen er solche Famoß-Schrifft gerichtlich eingeben/ vnnd andern bewegenden Vrsachen seines Procurator Stādes / hiermit priuirt vnnd entsetzt. Dann D Syluestro, als Aduocato caussæ, welcher berürte Schrifft jhme Lommio zu producirn bevohlen / bey Straff 20. Marck Löttigs Goldts dem Keyserlichen fisco vnnachläßlich zuentrichtē/ vñ keiner Parthey / wer die auch sey / inn vnnd ausserhalb des Gerichts/ in jetzigen vñ künfftigen Sachen/an diesem Keyserlichē Cammer Gericht/mit aduocirn,consulirn, supplicirn, sollicitirn, reuidirn, noch in einige andere Wege sich ferner gebrauchen zulassen/gäntzlich interdicirt,vnd verbotten/Als wir sie dieselbigen hiermit priuirn,entsetzen/ auch respectiue interdicirn vnd verbieten/vnd solches alles von Ampstwegē.

Letzlich dieser Gemein Bescheyd/ das alle vnnd jede des Keyserlichē Cammer Gerichts Procuratores, bey dem Aydt/ damit sie demselbigen zugethan/ auch Entsetzung jhres Procurator Standts/vnd anderer Straffen nach ermässigung fürter keine Schrifft/ Handlung oder anders / wie daß Namen haben mag/durch ermelten D. Syluester dē Partheyen aduocando, consulendo, supplicando, sollicitando, inn andere Wege concipirt,reuidirt vnd gefertiget/weder iudicialiter noch extraiudicialiter einzugeben / wissentlich oder vermüthlich/von jme oder andern annemen / vnd an diesem Keyserlichē Cammer Gericht producirn, oder producirn lassen/ Ohne alle arge List vñ Geuehrde/ Auch solches alles denen Partheyen / welchen sie neben jhme D. Syluestro procurando biß daher gedienet/ vnuerzüglig ankunden vnd zuwissen machen sollen.

DEC. II. VOTVM. X.

In caussa, Adolff Grünholtzes/vnd Balthaser vom Sthal

Contra

Theines von Holtzheim vnd Stephanam von Weissenkirchen/ Beclagte.

SVMMARIA.

1 *Pactis dari hereditas non potest.*
2 *Nemo sibi ipsi paciscendo vel stipulādo acquirere potest.*
3 *Libellus ex conclusione principaliter est diiudicandus.*
4 *Pacta successionis de consuetudine induci possunt, si nō sint cōtra ius naturale, neq; diuinum, nec contra bonos mores.*
5 *Consuetudo quæ est contra ius positiuum, valet.*
6 *Consuetudo vt probetur quæ requirantur.*
7 *Cōsuetudo debet esse rationalis & legitima.*
8 *Heredi vnicuiq; licet renuntiare iuri pro se introducto.*
9 *Testes qui reddunt rationem sui dicti, sufficientem, necessariam, & concludente*

dentur probationem faciunt.

10 Testi de facto proprio deponenti creditur, etiamsi con..estem non habeat, & alias minus habilis sit ad testandum.

11 Testes nobiles probatæ sunt fidei.

12 Testis de iure deponens, non de facto, nullius est momenti.

13 Ad consuetudinem probandam requiritur maioris partis populi testimonium.

14 Ad consuetudinem probandam quod actus sufficiant, in & extra iudicium.

15 Consuetudo absq; actibus iudicialibus non inducitur.

16 Lex & consuetudo expresse inducuntur absq; actu iudiciali.

17 Diuturna consuetudo recipitur.

18 Diuturnum constituitur 10. annis seu dicitur a 10. annis.

19 Pacta si quis in vno approbarit, in reliquis stare iisdem tenetur.

20 Instrumentum contractus alicui tradens, id approbasse censetur.

21 Modus successionis per pactum priuati hominis induci non potest.

22 Hereditates pactis non dantur.

23 Pactum de futura successione, stipulatione vallatum, nullam producit actionē, nulliusq; est momenti.

24 Sponsus & sponsa si super hereditate, & futura successione disponant, talis dispositio vitiatur.

25 Pactum cuius vi hereditas reseruātur, lege est receptum & approbatum.

25 In pactis dotalibus de consuetudine Germaniæ conuenitur de successione acquirenda indistincte.

26 Conuentiones de successionibus in pactis dotalibus sustinentur in vim vltimæ voluntatis, si saltem 5. testes interuenerint.

27 Pactum reseruandæ hereditatis in pactis dotalibus valet.

28 Pactum factum in consequentiam priorū pactorum de iure approbatur.

29 Declarans, nihil de nouo facit, sed iam factum aperit.

30 Conuentio reciproca & vicissitudinaria in iure fundata est.

31 Pactum de bonis præsentibus saltem, & nō de futuris, valet, vel si non fiat super omnibus bonis.

32 Pactum supra dictum firmari potest, propter incertum euentum, in quem erat collatum.

33 Pactum de hereditate certi hominis in specie, est iure vetitum.

34 Pactum valet, nec restitutio in integrum datur etiam minori, tanquam læso: si ex actu vel conuentione potest quis percipere vtilitatem, sicut & damnum.

35 Paciscens si tātum accepit, quantum ei debetur, contra pactum venire non potest.

36 Pactum reseruandæ hereditatis, sine iuramento, vt ex consuetudine etiam valet.

37 Pactum sine iuramento inutile est, & debet aliquod loco legitimæ dotis alimentum dari.

38 Mater excluditur a successione filii.

39 Alimenta ascendentibus non ita de iure naturali debentur, sicut descendentibus.

40 Ratio maior fouet filium in bonis parentum, quam parentes in bonis filii.

41 Successio non est ita debita ascendentibus, sicut descendentibus.

42 Mater in statuto ob aliquam rationabilem caussam sua dote, ac etiam legitima in totum priuari potest.

43 Pactum amittendæ hereditatis vt valeat, consuetudine induci potest.

44 Statuto & consuetudini attribui potest, vt bona maneant in familia.

45 Dispositio de iure tertii est inualida.

46 In contractu matrimonii vt heredis institutio fieri potest, ita etiam substitutionibus in contractibus inter viuos locus esse potest.

47 Legitima post mortem patris pleno iure debetur.

49 Grauamen vel conditio apposita in fauorem ipsius filii, & commodum nunquā reiicitur, imo valet.

49 Nemo ex testamento hereditatem consequi potest, nisi qui in eo heres institutus est.

50 Verbum Bleiben habet tractum successiuum, & denotat perseuerantiam, eaque interpretatio ex iure, sine præiudicio & expressa voluntate contrahentium procedit.

51 Mora non inspicitur, cum debitor & creditor est in mora.

52 Interpellatio sola sufficit ad constituendū quem in mora, maxime quando fructus iure actionis veniunt.

53 In mora non est, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.

54 Res quando in iudicium deducta est actores in mora esse dici non possunt.

55 Oblatio sola verbalis efficit, vt quis non constituatur in mora.

56 Cessante caussa cessat effectus.

57 Per solam motionem controuersia, quæ fit extra iudicium, constituitur quis in mala fide.

58 Fructus debentur tam percepti quam percipiendi.

59 Fructus augent hereditatem, cum ab eo possidentur, a quo peti potest hereditas.

60 *Post moram in bona fidei iudiciis omnes accessiones, fructus & commoda veniunt.*

61 *Fructus & interesse in hac petitionis hereditatis iudicio, iure actionis, non officio iudicis veniunt.*

62 *Matre a filii successione propter renuntiationem pacto exclusa, an censeatur etiam exclusa filia illius, soror vterina defuncti.*

63 *Soror vterina actores tanquam remotiores gradu praecedit, & in petenda hereditate fraterna potior est.*

64 *Mater secundo nubens filio & filia relictis impuberibus, tutorem non petens, mortuo filio ab eius successione excluditur, filia propterea a fratris successione non excluditur.*

65 *Pactum exclusiuum ad heredes non extēditur, nec matre renuntiante, aut ius suum remittente, eius liberi illud remisisse praesumuntur: quia ex sua persona ius integrum manet, quod a matre non acceperint.*

66 *Fratres & sorores vno tantum latere coniuncti vna cum parentibus ab intestato defuncto succedere possunt.*

67 *Fauor propter quem pactum est initum, durat mortua matre, sicut ea viua.*

68 *Filia non debet esse melioris conditionis, quam ipsa mater.*

69 *Statutum quod statuitur in caussa proxima, statutum cēsetur in caussa remota, quae ex illa descendit.*

70 *Vbicunq; aliquis excluditur fauore alicuius, tunc sequentes intelliguntur exclusi.*

71 *Quando non propter alterius fauorem sed propter mortem, repudiationem, delictū vel ingratitudinē quis excluditur, tunc sequens in gradu succedit.*

71 *Ad cognoscendum genus actionis conclusio, non narratio libelli diligenter attendi debet.*

72 *Clausula salutaris libello apposita tantum operatur, vt per illam remedium competens imploratum videatur: maxime cum alias ex verbis libelli ius agentis satis cognosci possit.*

73 *Officium iudicis est latissimum, & competit vbicunq; quis iustitiam habet.*

74 *Clausula salutaris tantum operatur, vt intelligatur conclusum.*

75 *Pactum de succedendo in bonis, saltē praesentib. non futuris, vel incertis quibusdā bonis, non vniuersali hereditate de iure improbatum non est.*

76 *Promissio generalis omnium bonorū suorum post mortem suam non non ad vniuersam hereditatē trahitur, sed ea tantū bona, quae paciscens promissionis tēpore possidebat & habebat, cōplectitur.*

77 *Bonorum appellatione siue in dispositionē generali, siue simpliciter facta, non futura, sed praesentia tantum bona veniunt.*

78 *Conuentio valet inter fratres vel alios, vt vnus alteri succedat, si non sit facta de omnib. bonis praesentibus & futuris.*

79 *Pacta vt vnus alteri succedat non solum procedunt de iure, sed etiam consuetudine induci possunt, non tantum super hereditatibus paciscentium, sed etiam aliorum.*

80 *Iura consuetudinaria de successione disponere possunt.*

81 *Pactum hac ratione valet, vt primogenitus succedat aliis prorsus exclusis, aut non aequaliter succedentibus.*

82 *Consuetudine induci potest, vt filii secundi matrimonii, tam in feudis quam in ceteris bonis succedant.*

83 *Cap. Mulier si de feudo defuncti &c. c. 1. de filiis natis ex matrimonio, locum habet in quibusuis nobilib. & ignobilibus.*

83 *Pacta, vt primogenitus succedat aliis prorsus exclusis, &c. etsi de iure reprobata sint, tamen de consuetudine admittuntur.*

86 *Per matrimonium genus humanū conseruatur, eiusq; immortalitatē praestat.*

86 *Pactum de succedēdo tertio valet si is, de cuius hereditatē agitur, consentiat, & in eodem consensu perseueret.*

87 *Pactum de succedendo tertio valet, quando illud venit ex natura contractus liciti praeambuli.*

88 *Successio ita debita est ascendentib. quā descendentibus.*

89 *Hereditas filii non ita patri debetur, sicut filio hereditas paterna.*

90 *Statutum excludens foeminas ascendentes a successione liberorum ascendentium valet, & minus dubie procedit, cum ascendentibus de iure naturali alimēta non debeantur.*

91 *Renuntiationes hereditatis etiamsi libera sint, tamen non facile praesumuntur.*

92 *Mulieres an hereditati renuntiare possint.*

93 *Mulierum genus auarissimum & tenacissimum est.*

94 *A iuris communis regulis non raro receditur ratione publicae vtilitatis.*

95 *Aequitas in summo Principis consistorio semper attendi debet.*

96 *Matris vel foemina ascendentis successionis non tanta est ratio, quam liberorum in bonis parentum.*

97 *Pacta de non succedendo licet de iure improbata sint, valent tamen & subsistunt.*

stiunt, quando quis hoc nomine aliquid accepit, & praesertim si tantum, quantum alias loco legitimae habiturus erat.

98 *Paciscens de recipienda certa pecuniae summa pro hereditate filii, ad obseruatiam contractus vel pacti se obligasse videtur.*

99 *Pater accipiens pecuniam, vt filium emãcipet, ab illius successione excluditur.*

100 *Pacta ex confirmatione robur accipiũt.*

101 *Instrumentum penes se habens eius contenta scire praesumitur.*

102 *Mutatio volũtatis non praesumitur, si in actis de voluntatis mutatione non reperitur.*

103 *Pactum de successione filii nondum nati, & sic de hereditate tertii non consentientis est inualidum.*

104 *Legitima ascendentium iure ciuili, descẽdentiũ iure naturali debetur, quarum illa minui, & in totum tolli: haec vero nequaquam potest.*

105 *Fructus de natura actionis veniunt.*

106 *Renuntiationes sunt personales, nec in heredes transmittuntur.*

107 *Ius alicui lege publica debitum nemo potest auferre.*

108 *In codicillis quae scribuntur, perinde censentur, ac si in testamento iure communi scripta essent.*

109 *Actiones, quae ex testamento competunt, si recte, i. e. ex verbis legis, illae conceduntur, ex codicillis vtiliter concedi solent.*

110 *Pactum de non succedendo valet in se & sine iuramento.*

110 *Si statuto conuenit, quod inter liberos soli masculi succederẽt, vel si filia extra territorium nubat, tunc soli filii patri succedant, talia pacta & statuta nõ valent.*

111 *Si prius moriatur filius, quam in tutelã venerit, est nota pupillaris substitutionis.*

112 *Fideicõmissa tam vniuersalia quam particularia ab intestato relinqui possunt.*

113 *Instrumenta nuptialia in eo, in quo tractant de futura successione, sapiunt vltimam voluntatem, & codicillorũ vel donationis caussa mortis vim habent.*

114 *Praesentia 5. testium in omni vltima voluntate requiritur.*

115 *Interpretatio semper facienda est in partem meliorem, vt actus potius valeat, quam pereat.*

116 *Mater si filio tutores non petierit, eius hereditate priuanda est.*

117 *Inuadens bona per vim incidit in poenã l. quod exstat C. quod vi metuue caussa, & l. si quis in tantã C. vnde vi.*

118 *Pactum reseruandae successionis valet.*

119 *Renuntians sub conditione, si quando deficiat, perinde habetur, ac si ab initio non renuntiasset.*

120 *Substitutus pupillariter, non petendo tutorẽ pupillo, an priuetur substitutionis iure.*

121 *Expressum quod non est diserte, actum nõ intelligitur.*

122 *Instrumenta dicuntur esse stricti iuris.*

123 *Instrumentis quod non continetur, pro omisso habetur.*

123 *Instrumenti verba ponderanda sunt, nec illis quicquam addendum.*

124 *Instrumentum quod non cantat, nec nos cantare atque inferre debemus.*

125 *Instrumentum iis tantũ prodest qui nominantur in eo, & non aliis, ita nec obesse aliis, neq; contra alios probare, nec in praeiudicium tertii iniqua interpretatione extendi debet.*

126 *In petitione hereditatis veniunt nõ tãtũ res hereditariae seu corporales, se in corporales sed ẽt fructꝰ, & quae ex quacunq; caussa ad hereditatem accesserunt, aut accedere potuerunt.*

127 *Qualiter quis ad restitutionem hereditatis condemnandus sit.*

128 *In bonae fidei iudiciis, libera potestas iudici permittitur, ex bono & aequo aestimandi, quãtum actori restitui debeat.*

129 *Error iuris a dolo & mala fide excusat.*

130 *In bonae fidei iudiciis vsurae & fructus statim a tempore morae debentur.*

131 *Possessores omnes post litem contestatam sunt pares, & praesumtione iuris efficiuntur, id est, habentur pro malae fidei possessoribus, quantumuis eorum conscientia per litis contestationem forsan non sit conturbata mala fide, vt etiam de iis fructibus, qui percipi potuissent, teneantur.*

132 *Victus, si habuerit iustam & probabilem caussam litigandi, non condemnatur in expensis.*

133 *Arbitrium iudicis secundum facti, personarum & rerum qualitatem moderari debet.*

134 *Pactorum nulla est forma & exitus, nisi vt seruetur secundum tenorem & praescriptum verborum.*

135 *Renuntiationes hereditatis valent.*

136 *Filiae nobilium renuntiant successioni.*

137 *Filias in vniuersum excludere, iniquissimum est.*

138 *Pacta, statuta & priuilegia, ea ratione nituntur, quod intersit Reipubl. vt salua sit familiarum dignitas.*

139 *Pacta sustinentur de consuetudine cum primis fauore coniugiorum, in quorum dotalibus conuentionibus adiici solent.*

properandum. §. *illo procul dubio. C. de Iud. d. l. si quis aduocatus. C. de except.* Et etiam in specie exemplum in commissa iniuria, quam litigantes, vel eorum aduocati vicissim in iudicio sibi inferunt, *per d. l. quisquis. C. de postul.* Et potest Iudex, inquit ibi Luc.

13 de Penna, † statim post illatam iniuriam inferentem condemnare, *per d. l. quisquis. facit bonus text. in l. supplicare. C. vt lite pendente, &c. vbi Bl. dicit n. 6.* Nota, quando quis producit instrumentum, quod est pœnale

14 producenti, eo ipso sine aliquo processu debet condemnari & cogi ad solutionem pœnæ, Idque significari in textu per dictio-

15 nem *Protinus*, † quæ excludit omne interuallum temporis, *vt notatur in simili in auth. de incert. nupt. in prin.* Quia ista est pœna emergens, & in emergenti non requiritur libellus & litis contestatio. Estq; id notorium iudici vt iudici, *per d. l. nullum. C. de testibus. Angl. in l. 3. C. de iniur. & in d. l. si quis obrepserit, de fals. Br. in l. si qua pœna, de V. S.* Si quis coram iudice multum exclamaret, quod posset mulctari, imo nō solum pro offensa publica, sed pro iniuria

16 † clara & subdole dicta contra aliquem in præsentia iudicis quis punitur. *Azo in summa. tit. de dolo argumento. l. 2.* §. *Seruius autem, de orig. iur. gl. in d. l. quisquis. C. de postul. & ipse textus in verb. subdole.* Imo non tantum auctor famosi scripti siue libelli

17 punitur, † verum & is, qui non lacerauit & deleuit, sed publicauit & publicari mandauit. *Can. 1. 5. q. 1.* vbi dicit textus: *scripturam aut verba contumeliosa rumpat, si non vult auctoris factum incurrere.* Quia præsumitur libelli compositor. Nam nisi pub-

18 licasset † vel protulisset, libellus frustra fuisset compositus & sine effectu iniuria. *l. vnica. §. 1. C. de famos. libellis. Menoch. de arbitr. quæst. lib. 2. Cent. 3. casu 163. n. 38.* Inprimis vero in hoc casu illud locum habet, tanto magis, cum notorium sit: famosum scriptum ex Mandato Syluestri per procuratorem productum esse iuribus vulgaribus. Et habent ista locum in hoc summo iudicio tanto magis, quod ab Imperatore & imperii statibus supremam auctoritatem & ordinariam Iurisdictionem cum ipso Imperatore concurrentem habet, vt satis notum est. Quod ita inferioribus iudicibus iure communi permittitur, imo iniungitur in temerarios & conuiciis obtrectatores, quantumuis speciali iuramento iudicibus non addictos; cur id ipsum summo huic iudicio prohibitum esse pu-

19 temus? Et licet in iudice delegato ab † inferiore a Principe aliud obseruetur. *glos. in Clem. 1. de offic. deleg.* Secus tamen est in delegato Principis. *Ioan. Andr. ad Spec. tit. de test. §. 1. vers. quid de delegato. Abb. in c. de crimine falsi, Couarr. c. 18. n. 8. prin. quæst. Fle. c. præterea. n. 2. de offic. deleg.* Ergo tanto magis in hoc iudicio, &c.

Sic etiam non obstat, quod conuiciator noster non est iuratus Cameræ aduocatus: per hoc enim non liberam facultatem iurandi habet. Deinde licet persecutio † in-

20 iuriæ iudicialis, finita demum lite, facienda sit. *Henning. cons. 1. n. 15.* Versamur tamen hic circa conuicia & iniurias non resultantes & procedentes ex aliquo actu, super quo litigatur, sed circa longe petitas, & ex maligno & temerario ausu protrusas, nec ad caussam controuersam facientes, quod satis euidens est. Sic etiam non fit remissio caussæ ex delicto coram iudice ciuili iudicialiter commisso, ad ordinarium criminalem, præsertim tali casu, quia allegatur textus *in d. l. diuus.* Et quod ibi dicit Br. loquuntur in casu, vbi Iudex delicti alias non habet auctoritatem puniendi, secus quando potest punire, prout hic Camera ordinationis & iuris communis. *Innoc. in c. dilectus, de pœnis, Ang. in l. si vacantia, de bonis vacantibus.* Quod enim Cameræ non criminales, sed † ciuiles caussæ tan-

21 tum sint commissæ. Ideoque non habeat in pronuntiatione, quod non habet in cognitione: Negatur antecedens simpliciter verum esse, quia in † Camerales habet ius

22 puniendi delinquentes vsque ad pœnam corporalem exclusiue, constat ex ordinatione & conclusio pleni senatus. Sic etiam alias, vt in nostro casu, vbi incidenter vel emergenter cognitio & pronuntiatio super dedicto interuenit, *per supra d. præsertim Bl. in d. l. supplicare. Cod. vt lite pend. Vant. de nullit. ex defect. iurisd. ordin. n. 49. 48. 50.*

Nec obstat quod Spec. *in titul. de notor. Crim. §. iam de notorio,* dicit, iudici debere notorie constare, nec sufficere eius præsentiam, cum ad eam rem animum non attendebat, quia factum præsentis caussæ constat, non iudici tantum, sed & tot aliis, qui sufficiant ad Notorium faciendum. Imo quod ad factum attinet, ex ipso scripto sine producto (quod multis præ manibus est, & semper loquitur, habetq; actum durantem & continuum) quo casu Iudex non recusatur, nec requiritur accusator vel denuntiator, non datur libellus, nec fit litis contestatio, non probatio. Imo tum ordinem † iudiciarium est iuris

23 ordinem seruare. *Spec. dict. leg. §. iam de notorio. n. 12.* Quibus accedit, quod delinquentes † pro tribunali turbant Iurisdicti-

24 onem iudicis *c. 1. de off. iud. deleg.* Siue sint ipsi agentes, siue consentientes, prin-

principales, siue fautores, inquit is textus: & offendunt eius iudicis maiestatem, *l. si lis C. de fals.* eiusque aut. s, *d. l. nullum C. de testibus*, ideo puniri debent, licet ad hoc non sederit iudex. Quod vero delictum secũ dum iura formaliter in iudicio deducendum esse dicitur, id locum habet, vbi processu iudiciario opus est, secus hoc casu *per supra allegata*. Tandem indignatio ciuium auctoritati Cameræ nocere nõ debet, cum & id, quod per Cameram iure fit, in despectum & iniuriam ciuium male accipitur, nec eorum Iurisdictioni præiudicare recte prætendi potest.

Secunda quæstio est, *Qua via sit procedendum, contra reum*? Quod vero R.R. via & processu ordinario plane reiecto ex officio reum plectendum intendat, ex prima missiua satis liquet. Si itaque pœna extraordinaria ex officio iniungenda, tunc per communiter tradita requiritur facti notorietas & euidentia. Factum quidẽ in se, quoad illatam iniuriam & conuicium, ex producto inter acta iudicialia manifestum esse notorium satis est. An vero reus eius sit auctor vel compilator, mihi quidem dubium non sit, tam ex depositione Lommli, præsertim iam eius Protocollistæ & Ingrossistæ Cancellariæ huius L.L. quam ex communi fama & opinione vulgi, & quod ipse non tantum est aduocatus caussæ, sed etiam in scriptum produci mãdauit, ratificauit, & primum suum conceptum (quod magis erat punibile & contumeliosum) correctum, & tanquam iustum & probabile, ad producendum commendauit & approbauit, sed an ex hoc nõ vocatus, nec auditus, puniri statim possit, non nihil dubii & periculi habet. Ego (vt paucis me absoluam, siquidem notorietas non plane sufficiens existere videri põt, tutius esse putarim, vt vel confessionem rei, vel exhibitionem primi concepti habeamus. Simul etiam non intermitterem, per inquisitionem, modo solito, eius scribam, qui ex concepto suo primas copias fecit, examinare: quod fieri posse arbitror per supra dicta & quæ sequuntur. Confessionem quidem Syluestri assequi possem, per interrogationem ei faciendam, ad quam respondere tenetur de veritate † & credulitate, *l. 2. §. 1. de iuram. cal. c. præsentia. de testib. tit. 6.* Non enim est melior probatio talibus † casibus in specie, quam confessio partis, *l. qui de inofficio. testam. Innoc. in cap. ex literis de iureiur. c. dudum. la. 2. ibi gloss. verb. super processu, de elect.* Et hic tanquam melior modus per iudicem inuestigandus est, *auth. quib. mod. natural. eff. sui post prin.* Ita in proposita quæst. tradit eleganter Lucas de Penna, *in d. l. quoties. C. de dignitat. lib. 12. circa med.* vbi etiam dicit, quod iudex non debet simpliciter † seu dubitanter interrogare, an crimen illud commiserit, sed assertiue dicere, *notorium est, quod tu commisisti illud crimẽ in hoc iudicio siue curia, iudice sedente pro tribunali.* Obiurgando illum dicat: *Quare tu hoc perpetrasti?* Et hoc probat ex multis similibus, etiam ex sacris veteris & noui testamenti. Vbi etiam concludit & probat, quod non tantũ † testis, sed etiam principalis varius & vacillans tali casu torquendus sit. Et dicit Bald. *in l. accusationem, vers. super hoc melius C. qui accusare non possunt.* Quod si reus constitutus coram iudice, nolit respondere interrogationibus † per verbum, *non scio, non recordor*, vel alia dubia, possit cogi ad affirmandum vel negandum. Et Clarus *lib. 5. § fin. cap. 45 num. 6* dicit, esse bonam practicam, se vidisse sæpe obseruari, pſertim quãdo quis interrogetur de facto proprio, de modico tempore, & de quo alii solent communiter scire, prout iudex debet arbitrari. Et ita seruandum dicit ponendo præiudicium in facto *de 18.* Octobr. Anno 54. An vero hac via potius quam per iudicium siue edictum exhibitorium sit compellendus, vel sufficiat, quod Syluester est aduocatus caussæ, & ipsius mandato productio facta, *cap. qui facit per alium de R. I. in 6. l. is damnum dat ff. eodem*, mihi non satis constat. Ego tamen præmitterem priorem modum. Posset enim fieri, vt secundo non opus foret, quam viam etiam ægre impetrabimus. Et quod tutius sit ad meliorem informationem nostro casu inquirere, & etiam vocare partem, moueor per ea, quæ eleganter tradit Br. *in l. scriptus num. 8. de relig. & sumt. fun. & Spec. in tit. de not. crim. ff. iam de notorio, num. 12. 13. 14.* Licet enim non † opus sit citatione, quando pars adhuc est præsens in notorio iudici vt iudici, tantum die elapsa & maxime parte absente, putatur necesse, vt vocetur ad sententiam vel impositionem pœnæ, *Br. in d. l. scriptus num. 4.* Et dicit Br. *in l. 2. ff. si publico, de adult. num. 8.* quod vbicunque iudex incidenter cognoscit de crimine, ipse potest per inquisitionem cognoscere & descendere ad specialem inquisitionem propter notificationem sibi factam, præsertim vbi committitur magna offensa coram iudice, *per d. l. 1. C. de calumniatorib.* Et idem in aliis delictis, quę coram iudice committuntur, *ibid. num. 9. & 10.* Et ponit Ang. *in ti. de malefic. in verb. Hæc est quædã inquisitio practica*, videlicet primo inquisitionem faciendam, & postea super ea in-

25 26 27 28 29 30

quisitione interrogandum & examinandũ ... id ipsum ... Iul. Clarus *li. 5. s.* 6. Si autem adeo duræ ceruicis forent hi ambo, vt vel nolint comparere vel respõdere, tũ in arbitrio dominorũ consistit, an non adsint aliæ sufficientes rationes pro puniendo Syluestro absque interrogatione, vt quia curauit produci famosum scriptum, non celauit, sed propalauit, & publicauit libellum iniuriosum per supra dicta, prout & ego hinc eum puniendum omnino existimarem.

Tertio, ad pœnam iniungendam quod attinet, cum ea arbitraria sit, & extraordinarie imponẽda, propter querelam extraiudicialem RR. & applicationem ordinarii processus, ordinariæq; pœnæ, quæ Syluestro multo grauius iniungenda alias foret, putarem sufficere, si reus repellatur ab aduocatura hu. iudicii. Quod maxime in summo hoc tribunali fieri potest, cum etiam delegatus † de repellenda persona tali casu cognoscat, *Innoc. in d. c. dilectus de pœn. & ib. in addit. & Angel. in tit. de malefic. verb. falsarius §. qui vero testis. num. 25. post Br. in l. quoties in fin. C. de iudic.* Et Frãcisc. de Ranconib. *in l. 3. C. de cond. ob turp. caussam*, in simili dicit, quod saltem extraordinarie † poterit semper puniri falsum deponens coram illo iudice, qui alias non potest puniri criminaliter. Eaque bene notanda dicit, quia sæpe in practica venit. Dum enim ipse RR. reo hanc pœnam infligendam contentus est, nobis cautius, cum Syluestro propter eius insolentiam & temeritatem agendum, eam interdictionem des aduocierens vnnd solicitierens/ oder was da sein mag an diesem Keyserlichẽ Cammer Gericht/ quæ in se habet quandam ignominiam, sufficere existimarem. Licet enim iudex † ex suo arbitrio, ab officio aliquem amouere non possit, *late Rom. in cons. 467. Paris. de puteo de syndic. verb. arbitrium. num. 8.* tamen cum iusta caussa subest, fieri potest, *per eundem Rom. d. loco*, & præsertim propter commissum delictum, *cap. 2 in fin. &c. cum ad monasterium. de statu Monach.* Sed hic quoad Syluestrum non fit remotio officii vel priuatio, cum nunquam fuit in ordine receptorum aduocatorum: ideo tolerabilius ac mitius cum eo, agitur hac impositione pœnæ extraordinariæ.

Quo modo & qua forma prohibitio & interdictio fiat, mallem informari, quam determinare. Putarem tamen, prout præmissum, ex officio iudicis habita sufficienti inquisitione, vel confessione partis, id fieri posse in scriptis sub sigillo, in forma mandati inhibitorii pœnalis, per pedellũ siue alium nuntium ei insinuatum, & prout Dominis videbitur, cum aliquali caussę insertione & significatione, ad cuius instãtiam id fiat, tamen simul etiam omnibus procuratoribus sub graui pœna interdicerem, ne recipiant eius producta siue scripta, aut alia acta iudicialia, vel ab ipso, vel ab aliis, mediate vel immediate ad iudicialiter producendũ oblata. Concludo similiter, Cameram † punire aduocatos quosuis ob delicta, iniurias & conuicia in iudicio commissa, inque eo satis esse fundatam eius iurisdictionem: nec opus, vt ordinarius instituatur processus, & in hoc angustetur auctoritas & iurisdictio Cameræ, contra expressa iura, & constitutiones imperii: dictamque pœnam tanquã mitiorem, quam Dominus RR præscribit, ex rationibus supra d. ... Syluestro infligendam esse. ... & Q... ad Lommium quod ille non ... nus puniendus sit quam Syluester, ex supra allegatis rationibus iudico. Cumque Domini examinibus & inquisitioni ... fuerint præsentes, superfluum puto multis de his agere: siquidem de eis perpetratis satis liquido constat. Constituitur autem Lommius, si non in expresso dolo, quoad famosum productum, tamen alias multifariam in latissima culpa, ne quid dicam grauius. Culpandus enim, quod passus est sibi persuaderi ad producendum scriptum punibile, contra expressam prohibitionem ordinationis. Item non erubuit subscribẽdo se d. scripto protestari, & contrario facto ipsam impugnare protestationem. Item quod recepit ab Syluestro id scriptum, quod præsumtiue sciuit, esse contumeliosum, & potius opprimendum fuisse. Item cum noluerit vel non potuerit idipsum legere, quod procuratorem substitutum N. Q. R. ad legendũ non exorauit. Item nec ignarum præmonuerit, sed subdole & incaute substitutó obtruserit. Item impudentissime mentitus, se propter ægritudinem non potuisse legere, nec legisse rescriptum, contrarium attestantibus domesticis. Item perfricta fronte & posthabitis iuramentis, nec minus in despectum Domini præsidis & assessorum veritatem studio & pertinaciter obtinuerit. Itẽ in respõdendo ad interrogatoria fuerit varius, inconstans, fallax & contumax. Item quod secũdum scriptũ, quod correctum prætendit, non adumbrauit, deleuit, vel lacerauit, si iniuriæ particeps esse noluit, sed potius publicando ratificauit. Hinc concludo, ipsum non minus, quam Syluestrum priuatione muneris procuratorii, in S. iudicio plectendum. Nisi forte

forte domini mitiori modo putarent agẽdum, imponendo ei mulctã pecuniariam.

Votum Correferentis.

Concludit cum D. Referẽte, iurisdictionem fundatam: cum Domino referente concludit: processum ciuiliter non criminaliter instituendum putat, *argum. eorum quæ tradit Clarus quæst. 5a. in sua praxi crim. vers. item quia &c. & vers. scias esse.* Forensis 35 † cogitur ad compromissum litigans in foro alieno, & statutis illorum locorum ligatur. Cõcludit ex rationibus prælectis, fundatã esse Camerã & aduersus non iuratos, & extraneos aduocatos ratione delicti cõtra ordinationem in iudicio commissi ad hoc, vt pari pœna plecti possint.

Qualiter procedendum sit, non caret scrupulo. Cõmunis opin. est per iudicem domicilii reum citari debere, *cap. postulasti Sea. num. 13 & c. fin. de foro compet.* Quando 36 reus est extra territorium, tum † iudex delicti nullam habet iurisdictionem. *Clarus quæst. 31. vers. sed hac quidem &c.* In delicto ratione quis sortitur forum, siue ibidem reperiatur, siue non, & eo casu debet fieri remissio a iudice domicilii ad iudicem delicti. Concludit quoad secundam quæstionem qualiter procedendum. Assertum autorem libelli nostri famosi omnino citãdum vel vocandum, & audiendum esse, an forte se purgare & defensiones habere possit. Vtcunque enim hoc propter iam a nobis explorata non psumitur. Tutius tamen erit, imo & ciuilius & æquius esse ducit, vt pr.º audiatur. Verum quoad modum vbi omnis difficultas consistit, & ideo cautius agendum existimat ante omnia tentãdum, an ad Pedelli vocationem cõparere, & quidnam excipere velit. Si n. se sistere nolit, tum a Spirensib. impetrari posset, quia & ipsum cogere tenerentur. Quia v. hoc valde præiudiciale, & Camera latiorem potestatem, quam alii iudices etiam immediati in hisce habere videtur, adeo vt alias contra quamcunq;, etiam sine clausula procedere & mandare possit, ipse assertum nostrum reum per mandatum pœnale vel saltem sub cõminatione solita, quod nihilominus fieri debeat, quod iuris est, & postea per citationem a fiscali impetrandã, ad videndum nimirum, se declarari in pœnam, &c. vocandum. At posset deinde si cõparuerit cum ꝓ̃ente & audito, ad pœnã extraordinariam ꝓced; prælecto simul ex scripto decreto collegii contumaci, itemque omnibus procuratorib. sub iuramento & pœna iniungi, ne vllam supplicationẽ, scriptum vel ꝓductum ab eo cõfectum recipiant, multo minus producant, in eoque diligentissime aduertant. Mallẽ tamen ipsi ad domum insinuare eiusmodi mãdatum inhibitoriale & pœnale.

Famulum siue scribã eius, non tantum ꝓ ferendo testimonio, sed vt auxiliatorem & socium quodãmodo delicti vocandum, examinandum, & similiter iniungendum puto, ne post hac in vlla caussa, q̃ huc pertinere possit, Dominum suum scribendo vel opa sua vllo modo adiuuet, præmisso prius illicito eius excessu, quoad hoc ipsum cõtumeliosum scriptum, ꝙ & reliquis scribis interdicerem, ne in posterum similia committant, sibique caueant.

De Lommio per omnia, vt Dn. Ref. & quoad pœnam mitiorem, pecuniariam, sc. ex caussa aduersæ valetudinis, absentiæ, ꝓtestationis, & primi scripti restitutionis. Velim tamen vt vltimo loco sistatur inter ꝓcuratores, ne remouẽdo ipsum in totum id propter plurium fieri, & sic ipsum grauius notari quispiã existimet. Non n. dubito, quin hoc ipsi, & omnibus satis magno exẽplo futurum sit. Interim autem de grauiori quoq; pœna rem omnino exaggerãdam esse arbitror.

VOT. III.

Hoc votum prælectum fuit in scriptis per Protonotarium LL. Putat iurisdictionem fundatã, & scribam Syluestri citãdum prout iam pulsus fuit Roten, & alii subditi Senatus in caussa Erbens. Syluestrum quoq; citandum, & super delicto audiendum ꝙ si non compareat in cõtumaciam, potest illi iniungi pœnã remotionis ab officio aduocandi in Camera vt D. Ref. Et ꝓcuratorib. non solum iniungendum, ne producta ab eo recipiant, sed etiã partibus, quarum aduocatus est, in continẽti significent, illum a munere & officio aduocandi in Camera esse remotum & depositum & prohibitum, ipsismet procuratoribus ne quicquã recipiant a partibus ꝙ concepit Syluester, sub pœna amotionis ab officio Pecuniariam pœnam Lommio minime imponere pôt, ob multas & varias caussas. Apparet n. collusio inter Syluestrum & Lommium. Et si quis dicat, dolum in Lommio, nescit quid similius vnquam dolo fuerit? Tum et propter ipsius depositionem non solum variam & falsam, sed & quæ in se periurium habet. Vnde cum † ꝓcurator in hoc summo consistorio vir de- 37 beat esse bonus, constans, redlich vnd auffrichtig/ prout iuramentum ipsorum dictat, bona conscientia Lommio neq; in suam, neq; partium suarum animã iuramentum deferre, aut etiam fidei illius partes committere posset, Quare cum ipse se indignũ fecerit, plane & simpliciter amouendum censet, ab officio. Saluis. &c.

VOT. IV.

Felin *in cap. a nobis. l. 1. num. 1. de sent. excomm.* & Clar. *lib. 5. § fin. quæstio. 85. vers. secundus est casus*, Forenses † statutis pœnalibus subiectos esse concludunt.

38

Concludit vocandum & super interrogatoriis examinandum Syluestrum. Casu, quo non comparuerit, per Senatum ciuicum subsidiarie sistendus.

Qua pœna plectendus, cum D. Refer. eligit remotionẽ ab officio aduocationis.

Quoad Lommii personam, concurrit in sententiam Domini Refer. quoad priuationem officii, non pœnam pecuniariã.

Quoad formam, censet per sententiam publice proclamandam, cum pœna imponatur in terrorem omnium, & non prius atque alterius tantum, & quia publice deliquit, igitur publice puniendus.

VOT. V.

Præsupposito iurisdictionis fundamento & processu contra Syluestrum, in quo vtroque sentit cum D. Referente. Putat pro reuerentia & dignitate amplissimi huius consistorii conseruanda (cui quodammodo ignominiosum esset, si turpes & improbi Sycophantæ atque Formiones coram eo tam libere & impune iniuriosis & procacibus scriptis altercari permittantur *iuxta l. 1. § secundo loco cum sequen. ff. de postulat.*) Eum non modo † repellendum ab omni aduocatione caussarum hic in Camera pendentium: sed etiam pœna pecuniaria Imperiali fisco applicanda mulctandum, *per text. dict. l. 1. § qui aduersus ff. de postul. l. 1. § fin. ff. de offi. præfect. vrb. l moris 9. in princip. de pœn. Felyn. in rubr. de fide instrum. num. 2. Mar. pr. 6. iudiciorum de inquisit. nu.* 182. Et hoc ideo, quia etiamsi Cameræ non sit iuratus, nihilominus le. Romanæ, quib. nomen dedit, ipsum admonuisse † debuissent, tales immodestos & petulantes aduocatos, vbique tanquam perfidos reprehendi, *per l. quisquis C. de postulando.* Maxime in eo iudicio, in quo ita delinquunt, *per l. ex ea. ff. de postulan.* damno famę & opinionis eum non mulctaret, tum quia statum aduocati hic in Camera non sustinet, tum † etiam quia licet iuratus aduocatus esset, tamen quia ipsa Ordin. *pr. 1. titulo sexagesimoquarto*, in huiusmodi petulantia verborum ibi Lesterungen/ etc. talibus nõ nisi pœnam arbitrariã, nach Ermässigung des Gerichts/ infligit, non grauius mulctarem. Item de procuratore Lommio.

39

40

41

VOT. V.

Concludit ex rationibus ex scripto prę lectis. I. Quoad personam Syluestri, nos esse in iurisdictione fundatos, eumque ob delictum a Camera citari posse. Licet cautius ageremus, si citaretur in loco delicti, scilicet in audientia, quam sæpe solet frequentare. Famulum tamen suum per modum inquisitionis prius examinandum ad Syluestrum eo melius conuincendum. Quo examinato, demum & Syluestrum vocandum putarem, atque super certis interrogatoriis, a D. Referen. concipiendis examinandum. Quod si vero contumax emanserit, vt verendum, qua via procedi posset, me declarabo, si casus contigerit. Si vero ad citationem nostram comparuerit, & de conuitiis fuerit, vel ex testium dictis, vel sua confessione conuictus, vel casu nõ satis probato, ex eo capite, quod scriptum iniuriosum vel famosum suo mandatu fuerit exhibitum, non repugnabo, si pœna extraordinaria puniatur, & omnis ei in posterum aduocandi & sollicitandi in Camera facultas interdicatur. Mallet tamen mitiorem viam eligendo, hanc facultatem ei adimi, sub decreto extraiudiciali, seu mandato inhibitoriali & pœnali in scriptis concepto, ei ad domum insinuando, quam vt in publica audientia, tanquam calumniator manifestus publice proclametur. Nam hanc proclamationem iudicis, ille similem & æquipollentem ducit sententię, quæ alicui alias ad petitionem partis iniuriarum ad reclamationem agentis imponit iudicialiter recantationem, quæ sententia † non solum facto, sed etiam ipso iure infamat, Nemlich/ daß er zu viel vnnd vnrecht gethan/ & propterea ad instantiam RR. certa pœna sit puniendus, *per leg. Athletas § calumniator, de his qui not. infam. & l. infamem. de public. iudic.* In famulum vero nulla pœna animaduerterem, quia prorsus omni iniuriandi animo destitui videtur, qui describendo, iudicialiter exhibendo, dolo omni vacat, & tanquam iuris imperitus & styli forensis, bona fide potius mandatum Domini in describendo exsequi voluit, nec iniuriam absque animo iniuriandi inferre potuit.

42

Quoad Lommium, placeret magis pęnam differre, vsq; ad relationem caussæ. In euentum tamen magis acquiescerẽ pœnę mitiori, nempe pœnę pecuniarię, vel, vt vltimo loco iudicio sistatur. Illud n. in primis considero, q cum protestatione de non approbatis approbandis subscripserit, quę licet non excuset: tamen quia cõmuni errore, in quo omnes fere procuratores cõstituti sunt, sibi pspicere noluit, vt animũ iniuriandi plene abesse demonstraret, ideo mitiori quoq; pœna puniendum censerem, tanquam eum, qui saltem latissima culpa vacare non posset.

VOT.

VOT. VI.

An iurisdictio in præsenti nostro casu fundata sit in persona Syluestri tanquam forensi, in prima deputatione, sententiam meam aperui, in qua & nunc persisto. Forensem † scilicet delinquentem, coram alio iudice, subiici iurisdictioni illius, & eandem quasi prorogare, *l. 1. & auth. qua in prouincia. C. vbi de crimin. agi oporteat. Zasi. consi. 14. num. 59. lib. 1. Dyn. in l. fin. de accusa.* Forū etenim † delicti ratione quin omnes sortiantur, nulla est dubitatio, *text. est in ca. postulasti. 3o. fin. de foro. compet. late Duen. in 378. Suarez. in com. opin. verb. forum, &c. Bl. & Salyc. in leg. 2. C. de iurisd. omn. iudic. l. heres absens in prin. & §. sequen. de iudic. Can. in cap. licet. de foro compe.* Et in delictis principalis forus † est forus delicti. Vnde omnis cognitio oritur & reuertitur illuc, *cap. sicut in fin. de accus. Bl. in l fin. C. de edict. D. Adria. sollen. colum. 5.* Hinc fit, quod in delictis statuta pœnalia † comprehendant extraneos & forenses, ac si essent subditi statuentium, *per ea quæ tradit Zasi. d. glossa. nume. 50.* Et hanc sententiam communem dicit Alciat *in cap. perniciosam, nume. 67. de offic. ordinarii*, vbi copiose hanc materiam illustrat. Forum † namque sortiri, & legibus seu statutis loci ligari paria sunt, *Gail. obseruat. 35. nume. 6. lib. 2.* Regula namque illa † quod quis ratione delicti sortiatur forum, inter alios & hunc producit effectū, quod tribuat iurisdictionem ei, qui alias in delinquentem nullam habebat. *Ab. in c. fin. nu. 6.* Vbi 4. huius regulæ recēset effectus, adeo vt etiam præuentio locum habeat, quod scilic. iudex delicti iudicem territorii præuenire possit, & contra. *auth. in ca. 2. de const. 1. lib. 6. Hartmannus Hartmanni lib. 6. de accusat. obser. 8.*

43 44 45 46 47 48

Concludo igitur iurisdictionem Cameræ ex dictis rationibus satis fundatam, Syluestrum tamen tanquā reum prius audiendū, & per Bedellum vocandum esse ad euitādā nullitatis vitii obiectionē, ne forte parte inaudita & nō vocata, ad pœnæ cōdemnationem processum esse, cuiquā videri posset. Interrogatoria aūt D. Syluestro proponenda conficerem secundum doctrinā L. de Penna supr. a D. refer. allegatam. Quod si ad citationē factam cōparere cōtumaciter recusauerit, via mandati pœnalis inhibitorii ad hoc adigendus erit. Pœnam autē nullam aliam nisi interdictionē in Camera illi dictarem, *iuxta l. moris. in pr. & §. 1. de pœn. Et Mar. pr. ti. nu. 182. de inquisit.* Eamq; p formā decreti vel sentētię illi imponerē, non quidē verbis directis in psonam eius cōceptis, sed procuratorib. omnibus publice iniungendo, ne vllum scriptum vel productū a Syluestro conceptum, per se, subditos suos vel alios, ad producendū iudicialiter oblatum recipiant, sub pœna remotionis ab officio. Per hoc enim D. RR. per indirectū consequitur id, quod directo petitit. Et nos hac ratione contradictione senat⁹ huius ciuitatis, cui⁹ iurisdictioni alias D. Syluester subiect⁹ est, tuti esse possumus.

Quoad Lommium amplector sentētiam, quoad remotionem ab officio.

VOT. VI.

Quoad iurisdictionem non dubitat. Syluestrum v. auctorem iniuriosi scripti esse, non tam ex Lōmii quā Ottonis procuratorum depositionibus constare puto, quæ cōfirmantur & per ingrossistam LL. itemque Prothocollistam Lommii, qui conceptum originale manu Syluestri scriptum, atq; hinc inde ab eodem correctum se vidisse attestantur: atq; vlteriori indagatione opus non esse, quilibet facile cōcessurum puto: tamen non displicet dominorū sententia, existimantium vocandum ēt ipsum Syluestrum per Pedellū seu notarium, & ex doct. Luc. de penna a D. Ref. alleg. non interrogādum, sed ob iniuriam tantummodo RR. notorie ac indubitanter illatā obiurgandum. Casuq; quo factū confiteatur, res plana erit: sin vero id negauerit, iurisue subterfugia qualiacunque illa sunt qūerit, locum nihilominus puto iudicis arbitrio, pro puniendo eodem ob mandatum famosum illud scriptum iudicialiter, producendi procuratori factū, ratihabitionēq; iniuriarum inibi cōtentarum, quæ ex iā d. mādato elici satis potest. Quod idem procedere existimo, in casu, quo Syluester, ad vocationem Pedelli seu notarii comparere nollet, sed contumaciter se absentaret, vbi tamen adhuc pmitterem mandatū seu citationem ad cōparendum, non quidem sub pœna pecuniaria (q̄ processum ordinariū requireret, causāq; differret) sed tātum sub cōminatione, quod nihilominus fieri debeat quod iuris est. Et tum, si in contumacia adhuc perseueret, putat ex supra dicta (ratione sc. mandati pcuratori facti) eū extraordinarie & quidē interdictione muneris aduocatiæ in Camera puniendū. In modo aūt & forma interdictionis ille iis Dominis accedit, qui publicandam eam per sententiam existimāt. In qua simul procuratorib. iniungendum, ne scripta Syluestri qualiacunq; in posterū recipiant iudicialiter ue producant, partibusq; suis sententiæ huius tenorem quam primum significent. Lommium quoque Procuratorem, ex caussis ante ipsum allegatis, officio suo priuandum censet.

VOT. VII.

Septimus semper in hac fuit sententia, vt Cameram tam Aduocatos, quam procuratores in iudicio delinquentes: siue forenses, siue iurati sint, ex officio punire posse existimauerit. Quo ad modum procedendi sentit cum D. Ref. in eo, vt ante omnia Syluestrũ im Namen des Herren Cammerrichters / per aliquẽ Notariorum vocandum, modoque per d. D. Ref. præscripto interrogandum, examinãdumque esse putet: Ita quidem, vt hoc magis assertiue, quam dubitatiue fiat. Omnino etiam cauendum, ne in lõgiorem disputationem cum D. Syluestro nos intromittamus. Siue autem is cõpareat, siue non, eidem tanquam testibus, adeoq; re audientia iam abunde conuicto, munus aduocandi ad Cameram omnino interdicendum cum Dominis concludit. Quamuis autem ante hac in ea sententia fuerit, vt hoc ipsum in publica audientia, adeoq; iudice pro tribunali sedente, faciendum putarit: re tamen diligentius considerata consultius, imo tutius esse credit, si per modum mandati pœnalis sine clausula id fiat, ne forte cũ magistratu ciuico, alias plus satis contra nos incitato, in nouas rixas & disputationes, nulla necessitate cogente, incidamus. Interim tamen procuratoribus per sententiam publicam, quod etiam inuito Senatu absque vllo periculo fieri poterit, sub graui pœna interdicendum, ne in posterum v'la scripta a D. Syluestro ad producendum ipsis oblata quoquo modo recipiant. Maxime si ab eo concepta seu cõposita esse scirent, vel verisimiliter p̃sumere possent. Hoc modo ipso facile omnibus innotescet D. Syluestrum ab aduocatura huius iudicii esse repulsum. Et R. R. hac via non minus, quam si publice & expresse a munere aduocandi per sententiam remoueretur satis fieri, resque omni periculo & futura disputatione, quoad Senatũ, carere potest.

Quoad Lommium simpliciter concludit cum illis Dominis, qui putant eum ab officio vel statu procuratorio per publicam sententiam amouendum, auff Form vnd Weis / wie mann sich dessen ferner zuuergleichen. Deliberandum tamen, si post aliquod tempus lapsum, bonorum virorũ intercessiones pro ipso in Camera fierent, an non forte ad pristinum statum procuratorium ita restitui posset, das er zu vnderst auffstehen / vnd 100. gülden zu Straff in Armen Seckel erlegen soll / prout nunc se non resoluit, sed dominis suo tempore cogitandum relinquit.

VOT. VIII.

DE iurisdictione non dubitat, putat Syluestrum audiendum, & per pedellum, prout moris in Camera, non per notariũ citandum & puniendum. Casu, quo non compareurit, vult eum citare sub pœna pecuniaria fisco applicanda, postea ipsum per sentẽtiam publicam vult condemnare, priuatione ab Aduocatia. Lommium vult priuare officio.

Quia igitur omnibus conclusum, Syluestrum prius citandum, & super facto audiendum esse, ideo per notoriũm OO. 18. Ianuar. anno 86. vocatus est. Qui tamẽ eo die non cõparuit, sed propter aduersam valetudinẽ spatium 4. dierũ petiit. Ideoq; 21. Ianuarii iterum citatus comparuit, vbi ei per Prothonotariũ L. L. in scripts prælectum est, vt se incontinenti declaret, waß jnen darzu bewegет / solches famoß scriptum contra RR. zuuerfertigen / vnd Lommio iudicialiter zu producirn zu zustellen. Darauff er Copiam solches Fürtragens / das er die Contenta desselben recht verstehen vnd einnemen köndte / vnd terminum deliberandi gebetten. Dieweil aber diese Ding in facto proprio stehen / darvber er nicht viel deliberierẽ bedarff / auch mann gemercket / das er vortheilhafftiger weisse / vnd zum Verzug der Sachen solche dilation sucht / ist jhme sein begehren der Copey vnnd temporis deliberandi halben abgeschlagen / Sonder D. Syluestro nachmals sich alsbald zuerklären aufferlegt worden. Damit er aber sich destoweniger zubeschweren / so solte es jhme noch ein mahl / vnnd so offt er wolte / auch so langsamb fürgelessen / daß er es notiern vnd aufschreiben könne / welches denn auch geschehen / vnd D. Syluester daß fürgehalten / de verbo ad verbum in ein Schreibtäfelein auffgezeichnet / Aber damit nicht zu frieden gewesen / sondern zum offtermahl deliberandi tempus gebetten. Als jme aber solches allezeit abgeschlagen / mit vermeldung / daß diese Sach nur auff diesem einigen Puncten beruhe / Nemlich / waß jnen zu Verfertigung vnd Producierung solcher Schrifft bewegt / vnnd daß er sich auff diesen Puncten in continenti wol / tanquam in proprio facto erklären köndte / hat er einen kleinen Abtritt gebetten / aber nicht wider kommen / sondern one Erlaubnuß daruon gangen.

Sententia.

IN Sachen secundæ appellationis Dn. L. F. Z. K. wider desen creditores in actis benẽnt / belangend. Ist die von wegen ermeldes Herrn den 23. Septembr. Anno 84. einkommene Ableinungs Schrifft als den gemeinen Rechten / Reichs constitutionẽ, vnd Ordnungen

gen zuwieder / vnd Schmähhafft nicht angenommen / sondern verworffen / jedoch jme Herrn L. F. Z. seine Notturfft / wie sichs gepühret / nochmals fürzubringen / dardurch vnbenommen / Auch Lommius, auß hochbewegenden Vrsachen / vnd sonderlich vmb deswillen / das er solche Famosschrifft / von D. Syluestro zu producirn angenommen / vnnd dieselbige gerichtlich eingeben / seines Procurator Standts hiemit priuirt vnnd endtsetzt / Aber ermeldtem D. Syluestro, bey Straff 20. Marck lötigs Goldts dem Keyserlichen Fisco ... vnnachläßlich zuentrichten / keiner Parthey / wie die sey / in Sachen an diesem Keyserlichen Cammer Gericht hangend / mit aduocirn, sollicitirn, supplicirn, reuidirn, corrigirn, glossirn noch in andern wege zu dienen / hiemit gäntzlich benommen / interdicirt, verbotten. Vnd solches alles von Amptswegen.

LEtzlich auch dieser Gemein Beschaydt / daß alle dieser Keyserlichen Cammer-Gerichts Procuratores, bey dem Aydt / damit sie demselben zugethan / auch Endtsetzung jhres Procurator Standes / vnd andern Straffen / nach Ermässigung / fürter kein Schrifft / Handlung oder anders / wie daß Namen haben mag / durch D. Syluestrum dem Partheyen aduocando, sollicitando reuidendo, supplicando vnnd sonsten gefertigt / concipirt vnnd gestellt / weder iudicialiter noch extraiudicialiter einzugeben / von jhme oder andern annemen / vnnd an diesem Keyserlichen Cammer Gericht producirn oder producirn lassen / auff kein Weiß noch Weg / ohne alle arge List vnnd Geuehrde. Auch solches allen denen Partheyen / welchen sie neben gedachtem Syluestro procurando biß daher gedienet / vnuerzüglich vnnd mit Vbersendung dieses Beschaydts ankündigen vnd zuwissen machen sollen.

Primus. Vult omittere illa verba, bey Endtsetzung jhres Procurator Standts.

Secundus. Post verba: Aber ermeldtem D. Syluestro vult adiicere, als Aduocaten dieser Sachen.

Verbum hangendt / vult omittere, vult addere consulirn.

Tertius. Dubitat, an sint addenda verba als Aduocaten. Omittit verbum hangendt & verbum consulirn.

Quartus. Verba secundæ appellationis will er nachsetzen / dictionem Schmehafft will er vorgehen lassen / & sequitur als Schmähhafft der gemeinen beschriebenen Rechten / etc. Pro verbis, wie sich gebühret / vult ponere gebührlicher weiß / Aber ermeldten D. Syluestro vult ponere Dann ermeltem / D. Syluestro als aduocato caussæ, &c. Vult exprimere in pœna toties quoties.

Pro dienen / ponit gebrauchen zulassen / vult inserere verbum consulendo.

Post dictionem extraiudicialiter ponit illa verba wissentlich oder vermuthlich.

Quintus. Verba hochbewegenden Vrsachen, vult omittere, quia nullam aliam caussam, nisi periurium habent.

Verbũ, Als aduocato caussæ vult inserere.

Vult tantum ponere aduocirn vnd cõsulirn, quoniam illa duo verba omnia sequentia comprehendunt.

Von Amptswegen illa verba will er in fine des gemeinen Beschaydts setzen / quia omnia fiunt ex officio.

In fine pro verbis ankündigen vnnd zuwissen / etc. ponit berichten sollen.

Sextus. Quoad dictionem Schmähhafft, vt quartus vult addere als aduocatus caussæ.

Septimus. Vt reliqui.

Octauus. Verbum secundæ appellationis post ponit.

De verbo Schmähhafft / vt Quartus seine Notturfft / ibi addit: förmlich vnnd ohne alle Schmache / wie sich vermöge der Ordnung gebührt / fürzubringen. Consulendo addit.

Sententia Publicata 28. Ianuarii, Anno 86.

IN Sachen Domini von L. F. Z. K. wider dessen creditores in actis benãt / secundæ appellationis, ist die von wegen ermelts Herrn den 23. Septembr. Anno 84. einkõmene ableynungs Schrifft als mehr schmähafft / vnd den Gemeiné beschriebenen Rechten / Reichsordnungen võ Abschieden zu wider / nicht angenommen / sondern verworfsen / jedoch jhme Herrn L. F. seine Notturfft / vnnd wie sichs gebührt / nochmals vorzubringen / hierdurch vnbenommen. Auch Lomm vmb

deß willen er solche Famoß-Schrifft gerichtlich eingeben/ vnnd andern bewegenden Vrsachen seines Procurator Stan-des/ hiermit priuirt vnnd entsetzt. Dann D Syluestro, als Aduocato caussæ, welcher berürte Schrifft jhme Lommio zu producirn bevohlen / bey Straff 20. Marck Löttigs Goldts dem Keyserlichen fisco vnnachläßlich zuentrichtẽ/ vñ keiner Parthey / wer die auch sey / inn vnnd ausserhalb des Gerichts/ in jetzigen vñ künfftigen Sachen/an diesem Keyserlichẽ Cammer Gericht/mit aduocirn,consulirn, supplicirn, sollicitirn, reuidirn, noch in einige andere Wege sich ferner gebrauchen zu lassen/gäntzlich interdicirt,vnd verbotten/Als wir sie dieselbigen hiermit priuirn,entsetzen/ auch respectiue interdicirn vnd verbieten/vnd solches alles von Ampstwegẽ.

Letzlich dieser Gemein Bescheyd/ das alle vnnd jede des Keyserlichẽ Cammer Gerichts Procuratores, bey dem Aydt/ damit sie demselbigen zugethan / auch Entsetzung jhres Procurator Standts/vnd anderer Straffen nach ermässigung fürter keine Schrifft/ Handlung oder anders / wie daß Namen haben mag/durch ermelten D. Syluester dẽ Partheyen aduocando, consulendo, supplicando, sollicitando, inn andere Wege concipirt,reuidirt vnd gefertiget/weder iudicialiter noch extraiudicialiter einzugeben / wissentlich oder vermüthlich/von jme oder andern annemen / vnd an diesem Keyserlichẽ Cammer Gericht producirn, oder producirn lassen/Ohne alle arge List vñ Geuehrde/Auch solches alles denen Partheyen / welchen sie neben jhme D. Syluestro procurando biß daher gedienet/ vnuerzüglig ankunden vnd zuwissen machen sollen.

DEC. II. VOTVM. X.

In caussa, Adolff Grünholtzes/vnd Balthaser vom Sthal

Contra

Theines von Holtzheim vnd Stephanam von Weissenkirchen/ Beclagte.

SVMMARIA.

1 *Pactis dari hereditas non potest.*
2 *Nemo sibi ipsi paciscendo vel stipulãdo acquirere potest.*
3 *Libellus ex conclusione principaliter est diiudicandus.*
4 *Pactis successionis de consuetudine induci possunt,si nõ sint cõtra ius naturale, neq; diuinum,nec contra bonos mores.*
5 *Consuetudo quæ est contra ius positiuum, valet.*
6 *Consuetudo vt probetur quæ requirantur.*
7 *Cõsuetudo debet esse rationalis & legitima.*
8 *Heredi vnicuiq; licet renuntiare iuri pro se introducto.*
9 *Testes qui reddunt rationem sui dicti, sufficientem, necessariam, & concludente*

denter probationem faciunt.
10 *Testi de facto proprio deponenti creditur, etiamsi con..estem non habeat, & alias minus habilis sit ad testandum.*
11 *Testes nobiles probatæ sunt fidei.*
12 *Testis de iure deponens, non de facto, nullius est momenti.*
13 *Ad consuetudinem probandam requiritur maioris partis populi testimonium.*
14 *Ad consuetudinem probandam quod actus sufficiant, in & extra iudicium.*
15 *Consuetudo absq; actibus iudicialibus non inducitur.*
16 *Lex & consuetudo expresse inducuntur absq; actu iudiciali.*
17 *Diuturna consuetudo recipitur.*
18 *Diuturnum constituitur 10. annis seu dicitur a 10. annis.*
19 *Pacta si quis in uno approbarit, in reliquis stare iisdem tenetur.*
20 *Instrumentum contractus alicui tradens, id approbasse censetur.*
21 *Modus successionis per pactum priuati hominis induci non potest.*
22 *Hereditates pactis non dantur.*
23 *Pactum de futura successione, stipulatione vallatum, nullam producit actionē, nulliusq; est momenti.*
24 *Sponsus & sponsa si super hereditate, & futura successione desponant, talis dispositio vitiatur.*
25 *Pactum cuius vi hereditas reseruatur, lege est receptum & approbatum.*
25 *In pactis dotalibus de consuetudine Germaniæ conuenitur de successione acquirenda indistincte.*
26 *Conuentiones de successionibus in pactis dotalibus sustinentur in vim vltimæ voluntatis, si saltem 5. testes interuenerint.*
27 *Pactum reseruandæ hereditatis in pactis dotalibus valet.*
28 *Pactum factum in consequentiam priorū pactorum de iure approbatur.*
29 *Declarans, nihil de nouo facit, sed iam factum aperit.*
30 *Conuentio reciproca & vicissitudinaria in iure fundata est.*
31 *Pactum de bonis præsentibus saltem, & nō de futuris, valet, vel si non fiat super omnibus bonis.*
32 *Pactum supra dictum firmari potest, propter incertum euentum, in quem erat collatum.*
33 *Pactum de hereditate certi hominis in specie, est iure vetitum.*
34 *Pactum valet, nec restitutio in integrum datur etiam minori, tanquam læso: si ex actu vel conuentione potest quis percipere vtilitatem, sicut & damnum.*
35 *Paciscens si statum accepit, quantum ei debetur, contra pactum venire non potest.*
36 *Pactum reseruandæ hereditatis, sine iuramento, vt ex consuetudine etiam valet.*
37 *Pactum sine iuramento inutile est, & debet aliquod loco legitimæ dotis alimentum dari.*
38 *Mater excluditur a successione filii.*
39 *Alimenta ascendentibus non ita de iure naturali debentur, sicut descendentibus.*
40 *Ratio maior fouet filium in bonis parentum, quam parentes in bonis filii.*
41 *Successio non est ita debita ascendentibus, sicut descendentibus.*
42 *Mater in statuto ob aliquam rationabilem caussam sua dote, ac etiam legitima in totum priuari potest.*
43 *Pactum amittendæ hereditatis vt valeat, consuetudine induci potest.*
44 *Statuto & consuetudini attribui potest, vt bona maneant in familia.*
45 *Dispositio de iure tertii est inualida.*
46 *In contractu matrimonii vt heredis institutio fieri potest, ita etiam substitutionibus in contractibus inter viuos locus esse potest.*
47 *Legitima post mortem patris pleno iure debetur.*
49 *Grauamen vel conditio apposita in fauorem ipsius filii, & commodum nunquā reiicitur, imo valet.*
49 *Nemo ex testamento hereditatem consequi potest, nisi qui in eo heres institutus est.*
50 *Verbum* Bleiben *habet tractum successiuum, & denotat perseuerantiam, eaque interpretatio ex iure, sine præiudicio & expressa voluntate contrahentium procedit.*
51 *Mora non inspicitur, cum debitor & creditor est in mora.*
52 *Interpellatio sola sufficit ad constituendū quem in mora, maxime quando fructus iure actionis veniunt.*
53 *In mora non est, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.*
54 *Res quando in iudicium deducta est actores in mora esse dici non possunt.*
55 *Oblatio sola verbalis efficit, vt quis non constituatur in mora.*
56 *Cessante caussa cessat effectus.*
57 *Per solam motionem controuersiæ, quæ sit extra iudicium, constituitur quis in mala fide.*
58 *Fructus debentur tam percepti quam percipiendi.*
59 *Fructus augent hereditatem, cum ab eo possidentur, a quo peti potest hereditas.*

fiunt, quando quis hoc nomine aliquid accepit, & præsertim si tantum, quantum alias loco legitima habiturus erat.

98 *Paciscens de recipienda certa pecunia summa pro hereditate filii, ad obseruātiam contractus vel pacti se obligasse videtur.*

99 *Pater accipiens pecuniam, vt filium emācipet, ab illius successione excluditur.*

100 *Pacta ex confirmatione robur accipiūt.*

101 *Instrumentum penes se habens eius contenta scire præsumitur.*

102 *Mutatio volūtatis non præsumitur, si in actis de voluntatis mutatione non reperitur.*

103 *Pactum de successione filii nondum nati, & sic de hereditate tertii non consentientis est inualidum.*

104 *Legitima ascendentium iure ciuili, descēdentiū iure naturali debetur, quarum illa minui, & in totum tolli: hæc vero nequaquam potest.*

105 *Fructus de natura actionis veniunt.*

106 *Renuntiationes sunt personales, nec in heredes transmittuntur.*

107 *Ius alicui lege publica debitum nemo potest auferre.*

108 *In codicillis quæ scribuntur, perinde censentur, ac si in testamento iure communi scripta essent.*

109 *Actiones, quæ ex testamento competunt, si recte, i. e. ex verbis legis, illa conceduntur, ex codicillis vtiliter concedi solent.*

110 *Pactum de non succedendo valet in se & sine iuramento.*

110 *Si statuto conuenit, quod inter liberos soli masculi succederēt, vel si filia extra territorium nubat, tunc soli filii patri succedant, talia pacta & statuta nō valent.*

111 *Si prius moriatur filius, quam in tutelā venerit, est nota pupillaris substitutionis.*

112 *Fideicōmissa tam vniuersalia quam particularia ab intestato relinqui possunt.*

113 *Instrumenta nuptialia in eo, in quo tractant de futura successione, sapiunt vltimam voluntatem, & codicillorū vel donationis caussa mortis vim habent.*

114 *Præsentia 5. testium in omni vltima voluntate requiritur.*

115 *Interpretatio semper facienda est in partem meliorem, vt actus potius valeat, quam pereat.*

116 *Mater si filio tutores non petierit, eius hereditate priuanda est.*

117 *Inuadens bona per vim incidit in pœnā l. quod exstat C. quod vi metusue caussa, & l. si quis in tantā C. vnde vi.*

118 *Pactum reseruandæ successionis valet.*

119 *Renuntians sub conditione, si quando deficiat, perinde habetur, ac si ab initio non renuntiasset.*

120 *Substitutus pupillariter, non petendo tutorē pupillo, an priuetur substitutionis iure.*

121 *Expressum quod non est diserte, actum nō intelligitur.*

122 *Instrumenta dicuntur esse stricti iuris.*

123 *Instrumentis quod non continetur, pro omisso habetur.*

123 *Instrumenti verba ponderanda sunt, nec illis quicquam addendum.*

124 *Instrumentum quod non cantat, nec nos cantare atque inferre debemus.*

125 *Instrumentum iis tantū prodest qui nominantur in eo, & non aliis, ita nec obesse aliis, neq; contra alios probare, nec in præiudicium tertii iniqua interpretatione extendi debet.*

126 *In petitionē hereditatis veniunt non tātū res hereditariæ seu corporales, seu incorporales sed & fructus, & quæ ex quacunq; caussa ad hereditatem accesserunt, aut accedere potuerunt.*

127 *Qualiter quis ad restitutionem hereditatis condemnandus sit.*

128 *In bonæ fidei iudiciis, libera potestas iudici permittitur, ex bono & æquo æstimandi, quātum actori restitui debeat.*

129 *Error iuris a dolo & mala fide excusat.*

130 *In bonæ fidei iudiciis vsuræ & fructus statim a tempore moræ debentur.*

131 *Possessores omnes post litem contestatam sunt pares, & præsumtione iuris efficiuntur, id est, habentur pro malæ fidei possessoribus, quantumuis eorum conscientia per litis contestationem forsan non sit conturbata mala fide, vt etiam de iis fructibus, qui percipi potuissent, teneantur.*

132 *Victus, si habuerit iustam & probabilem caussam litigandi, non condemnatur in expensis.*

133 *Arbitrium iudicis secundum facti, personarum & rerum qualitatem moderari debet.*

134 *Pactorum nulla est forma & exitus, nisi vt seruetur secundum tenorem & præscriptum verborum.*

135 *Renuntiationes hereditatis valent.*

136 *Filiæ nobilium renuntiant successioni.*

137 *Filias in vniuersum excludere, iniquissimum est.*

138 *Pacta, statuta & priuilegia, ea ratione nituntur, quod intersit Reipubl. vt salua sit familiarum dignitas.*

139 *Pacta sustinentur de consuetudine cum primis fauore coniugiorum, in quorum dotalibus conuentionibus adiici solent.*

183 *Pactum de successione futura valet, si stipulatio accessit, & quidem sufficit, si dictum sit promitto: quia praesumitur praecessisse interrogatio.*
184 *De bonis certis praesentibus pacisci licet.*
185 *Pactum de successione interpretatione iuuandum est praesertim cum nouum non sit, vt contractus effectum & naturam vltima voluntatis sortiantur & n. 186.*
187 *Donatio caussa mortis contractus simul est & vltima voluntas.*
188 *Donatio caussa mortis si absenti fit, valet vt fideicommissum, etsi omnium omnino bonorum sit.*
189 *Donatio secundi extra testamentũ facta ob testes adhibitos vim habet fideicommissi.*
190 *Qualitatibus duabus concurrentibus, valet ea, quae vtilis est.*
191 *Testamentum continetur approbatione contractus.*
192 *Pactum praesertim dotale supremum dicitur iudicium.*
193 *Contractus in testamento fieri potest qui valeat, obliget, & probetur, vt contractus.*
194 *Vltima voluntas simul cum contractu fieri potest, praesertim in his, quae symbolum habent.*
195 *Pactis dotalibus si quinque testes fuerint adhibiti, habetur pro vltima voluntate.*
196 *Substitutiones scilicet fideicommissaria fieri possunt in contractibus, vt acquiratur absenti.*
197 *Substitutio directa non saluatur per modum fideicommissi.*
198 *Natura fideicommissorum per se est fauorabilis.*
199 *Fideicommissa ita interpretanda sunt, vt sustineantur, & eo respectu fauorabilia sunt maxime.*
200 *Fideicommissa cur inuenta.*
201 *Clausula codicillaris seu fideicommissaria suas retinet vires, si praeteritione testamentum nullum reddatur.*
202 *Heres ab intestato ex imperfecto testamẽto pragrauari fideicommisso potest.*
203 *Fideicommissa etiam epistola, libello, siue scriptura & nutu relinqui possunt, solum adhibitis testibus, & aliud fere simul agendo.*
204 *Fideicommissum esse dubium non est cũ nullo negotio ad verbum restituas reduci possint verba.*
205 *Sufficit, verba non esse directa ad honoratum, ita vt ipse quasi a se capiat.*
206 *Numerus testium sufficiens actũ inter viuos transire in fideicommissum facit.*
207 *Verbũ* Erben *in vernacula lingua quid significet.*
208 *Verbum succedat, quod est* Erben *commune est, etiamsi ad substitutũ dirigatur.*
209 *Clausula fideicommissaria perpetuo vniformis censenda est.*
210 *Ignarus quis dici non potest contentorum in instrumento, quod iam diu penes se habuit.*
211 *Heres quiuis censetur omnia scire, quae testamento continentur.*
212 *Mater vt incurrat poenam non petitorum tutorum quae requirantur.*
213 *Mater excusatur a poena non petitorum tutorum, si non inuito marito, sed imo expresse in pactis, quasi permittente, ad secunda vota transiit, quod sufficit tacite permissum.*
214 *Mater si ob non petitos liberis tutores hereditate priuetur, ad quem ea deueniat.*
215 *Fideicommissarius ante restitutionem nullum ius in bonis habet, & propria auctoritate, nisi expresse testator permiserit, occupando suo iure cadit.*
216 *Actus potius valere, quam perire debet.*
217 *Filius in dubio censetur grauatus, non heres eius.*
218 *Coniectura tacita, vel dubia substitutio contra matrem in medio exsistentem nunquam aliquid operatur.*
219 *Grauanti, non grauato succeditur in iis solum, quae grauatus iudicio testatoris accepit, quod in omnibus priuilegiatis substitutionibus etiã militis, locũ habet.*
220 *Legitima ante omnia venit detrahenda & nu 223.*
221 *Legitima est tertia, siue de legitima filii, siue matris agatur.*
222 *Legitima parentum non magis a testatore prohiberi potest, quam filiorum.*
224 *Trebellianica vltra legitimam a filio detrahi potest fideicommisso relicto non pure.*
225 *Testator Trebellianicam omnino prohibere potest, praesertim si filius etiam legitimam habet.*
226 *Trebellianica quando competere incipiat.*
226 *Fructus respectu legitimae in disceptationem non veniunt.*
228 *Fructus in legitimam nullo casu imputantur.*
229 *Legitima pleno iure ad filium transit.*
230 *Fructus videntur percepti iudicio testatoris, etiamsi in restitutionem non veniant.*
231 *Filius fructus pendente conditione perceptos in Trebellianicam imputat, sibi non debere, etiamsi duas quartas integras habeat praeterea.*
232 *Fructus post mortem filii percepti vide.*

hereditatis *iuxt. l. licet*, *& ibi Bart. ff. de pet. heredit.* Ergo, &c. Secundo, ex ipsis articulis, vt pute 5. 61. 67. nec non aliis productis hinc inde, vbi passim & simpliciter aditionis & petitionis fit mentio.

His tamen non attentis, hereditatis petitionem quidem aduersus Reos institutam, non tamen, vt Rei contendunt simplicem, vel saltem ex sua natura nō descendentem, sed alio modo vestitam.

Si namque consideretur conclusio libelli, non simpliciter, sed vigore pactorum, hisce videlicet verbis petitur. daß Kläger vermög auffgerichter vnnd bestättigter Pacten/ Vorbehalts vnd Vertrags/ Gemächts vnd Verwirckungs Erben seyen/ rc. Ex quibus sane verbis apparet, institutam actionem, non quidem ex iure ciuili, sed ex noua lege & consuetudine, per quam videlicet ista pacta & reseruationes valent & subsistunt. Quod in iure procedit. Si enim circa ius succedendi aliquid consuetum sit, actio non ex consuetudine fundatur, sed dirigitur ex petitione hereditatis propter consuetudinem. Sicut explicat Iason. *in l. de quibus in* tertio puncto, quem refert Mynsi. *consilio* 13. *numero* 2. Atque hic ita fuit factum, vt actores ratione vxorum instituerint petitionem hereditatis propter pacta, iuxta consuetudinem Episcopatus Monasteriensis inita, contra Stephanum & alios Reos pro consequenda hereditate Iunioris Caspari von Holtzheim. Et adsunt in nostro casu qualitates ad hanc actionem necessariæ, puta, quod agentes prætendunt, ad ipsos esse hereditatē delatā, id est, pertinere testato vel intestato, *iuxta l. 1. & 2. tot. tit. de pet. heredit.* Atque actores in nostro casu ab intestato, videlicet, vigore pactorum præcedentium illam petunt. Item ex parte reorum requiritur, quod possideant hereditatem titulo illo vniuersali pro herede vel poss. *l. regulariter, de petitio. heredi. &c.*

Quod Rei non diffitentur. Ergo, &c. In effectu petunt, non tam hereditatem Caspari Iunioris, quam Aui & Auiæ eius, (qui pater & mater actorum fuerunt) & hereditatem d. Caspari medii (patris iunioris) qui & suam hereditatem actoribus reseruatam voluit, minime vero bona paterna & materna a linea Stephanæ peruenientia, sed, vt dictum, Holtzheimica, quæ etiam Caspar von Holtzheim medius, ne testamēto quidem in præiudicium præcedentium pactorum ad alios transferre potuisset, &c.

An probata?

CVm ad eam probandam, allegarint cōsuetudinem patriæ actores, per quam pacta eiusmodi de hereditate conseruanda valent, videndum. 1. *An tale quid consuetudinis, contra ius induci possit.* 2. *An sufficienter & legitime probata?*

Quoad primum concludit, talia † pacta valere, & consuetudine induci posse, quia non sint contra ius naturale, neque diuinum, neque inducunt occasionem peccandi, nec sunt contra bonos mores, *Inno. en Hostiens. cap. fin. extra de consuetu.* Consuetudo, quæ † est contra ius positiuū valet. *Bald. in l. de quibus, versicu. sed quaro, de LL.* 4 5

Quoad secundam quæstionem, *An consuetudo probata sit?* Præmittēdum, quod ad † consuetudinem probandam plura requiruntur. 6

1. Quod sit rationabilis, scilicet ex iustis æquis & ex certa scientia rationibus inducta.

2. Vt certo aca iure definito tempore præscripta sit, *dict. cap. fin. & ibi DD.* Quæ duo subsistant alia requisita in hac consuetudine (suo iudicio) reperiuntur.

Iura enim voluut, eam consuetudinem † rationabilem & legitimam esse, quæ iis non sit contraria, *cap. cum Ecclesia, de caussa poss. & proprietat.* Quod vero renuntiationes iuxta hanc cōsuetudinem fieri possint, de iure dubium non est. Cūm vnicuique heredi liceat renuntiare † iuri pro se introducto, *tot. tit. ff. de acquir vel amit. heredita.* maxime si fiat in fauorē familiæ & cognationis. 7 8

Ad 2. requisitum, an videlicet legitimo tempore præscripta, tria in considerationem veniunt. 1. Quod testes de ea deponunt. 2. Quod in similibus casibus talis consuetudo sæpius obseruata fuit. 3. Vt tempus legitimum interuenerit. Circa primum adsunt testes plures electorum, principumque consiliarii ac viri nobiles, tam adiacentium, quam illius prouinciæ, in qua bona litigiosa sita sunt, qui omnes, præcipue vero 1. 2. 3. 4 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. & 17. ex parte actoris producti ad 14. defensionalē articul. & seqq. vigore 16. Interrogatorii ipsis prælectis, quod ipsimet Rei ponunt, ac eo ipso fatentur, consuetudinem hanc in Episcopatu Monasteriensi obseruari, qui vno ore testantur, contenta in articulo maxime 14. ita obseruari.

Accedunt horum depositionibus generalibus quidem etiam dicta testium Reorum, qui magis in speciem eandem consuetudinem satis euidenter probant,

GG 2

vt videlicet ex dicti 5. specialis interrogato. ad quintum & sequentes testes directi, ad quod Interrogator. deponit quintus testis Mattheus Rittershaussen / Er habe seine Heiliges Fürwardt der gestallt / wie gefragt / vnnd im Fragstück begreiffen / auffgericht / & addit ad 6. Interrogator. Er habe erlebt / daß in etlichen Fällen / dergleichen Heiraths Fürwardt erledigt worden / vnnd werden seines Erachtens darumb auffgericht / daß sie gehalten werden sollen / Concordat sequens & 6. testis. Idem deponit 7. Balthasar Rauscher / was dicto modo in heiliges Fürwarten solcher gestallt verwilliget vnnd versiegelt / pflege also zwischen den vom Adel gehalten zuwerden. Huic concordat 8 testis Hartman von Edelberg / Item nonus supra dicta Interrogatoria expresse confirmat, dum ait, Er seye bey etlichen erheiligten Fürwarten gewesen / da dergleichen Innhalt deß Fragstücks casus prouidiert vnnd fürbehalten worden.

Quorum sane testium dicta, suo iudicio defendi, ac sustineri possunt. Cum quoad dictum interrogatoriū nostrum casum decernens, ita videlicet obseruari, 9 sint omnino concordantes, suique † dicti caussam & rationē reddant: quia huiusmodi pactum in propriis bonis quintus testis fecerit, alii istiusmodi pactis interfuerint, easque subscripserint & sigillarint. Ideoque sufficientem, necessariam & in iure concludentem probationem faciant, *iuxta capitul. licet caussam, de probat. capi. cum causs. de testibus.*

10 Quibus cum de facto etiam proprio † deponant, tanto magis credendum est, cum testi de eo deponenti credi soleat, etiamsi contestem non habeat. Imo etiamsi alias esset minus habilis ad testimonium, *Iason. in l.. numero 65. & seq. Cod. de sum. trin.*

11 Insuper si testes plerunque sint † nobiles & probatę fidei, *de quib. Bal. in l. testium, de testibus*, ait, paucos nobiles sufficere ad testimonium ferendum, vbi plures alii requirantur.

Nec hic obiici potest, testes deponere simpliciter ita esse consuetudinem, & sic 12 testimonium de iure saltem dicere, non † de facto, quod nullius est momenti, *iuxta Cyn. in l. 2. versicul. sed quaro, 5. Cod. quae sit longa consuetudo, &c.* Quia expresse quoque de facto, vtpote quintus de facto proprio deponunt, reliqui se interfuisse huiusmodi actibus, &c.

Ex quibus testimoniis, vt satisfiat primo dicto requisito, vt ex certa scientia introducatur consuetudo, satis colligi posse, suo iudicio putat, illam non ex errore, sed certa scientia populi esse introductam. Etsi enim non dicant, praeter quintum testem talem actum, qui fouet consuetudinem factum esse talibus & talibus praesentibus. Item quod a talibus & talibus celebratus fuerit: quod iidem sint maior pars populi, quod ad † probandum consuetudinem requiritur, *iuxta Barto. in dict. leg. de quibus.* 13

Tamen id potius culpa Aduocati seu commissarii, quam testibus adscribendum, qui si interrogati fuissent, sine dubio de praesentibus & consentientibus deposuissent.

Quoniam certum est, more consueto, plures huiusmodi pactis nobiles interfuisse, quae praesentia & multitudo satis patet, ex clausularum pactorum dotalium extracta. Ex iis videre licet, in quolibet interfuisse ad minus 8. 10. vel plures nobiles. Quibus omnibus collectis ac connumeratis in totius quasi nobilitatis scientiam hanc consuetudinem venisse apparebit.

Circa secundum inuestigandum, quot actus ad introducendam † consuetudinem requirantur, vel sufficiant? In hoc DD. differentiam constituunt. Nam licet super ea plures actus necessarii sint, diuersimode tamen hoc in & extra iudicium obseruatur: quia in iudicio vnius actus sufficit, quod scilicet iudex bis pro consuetudine iudicarit, *l. cum de consuetudine, & ibi gloss. DD de LL.* 14

Extra iudicium plures & frequentes actus: quanquam duo sufficiant, concurrente tempore legitimo. Etiamsi sint actus multum celebres, qui facile in multorum notitiam peruenerint. *Bald. Iason. & alii in d. l. de quib.* In nostro autem casu plures eiusmodi actus inter nobiles, tam regionis, in qua bona sita sunt, quam adiacentium, celebratos esse, satis euidenter demonstratur in extracta clausularum pactorum dotalium lit. A. A. A. producto, ad quorum originalium productionem actores sese mediantibus compulsorialibus obtulerūt. Ex quo vere patet, plane similia pacta inter nobiles huius loci esse facta, quorum actus satis celebres, & numerus eorundem suo iudicio sufficere videtur. Quandoquidem hi actus, cum iuxta facti qualitatem & temporis diuersitatem varie accidant, iudicis arbitrio relinquuntur, qui ex his aestimabit, an consuetudo duobus pluribusue actibus perfecta dici, vt populi consensu approbata censeri debeat, quoniam horum certus numerus designatus non est. *Bart. in d. l. de quibus, vbi allegat l. quod si nolit, §. quia assidua,*

assidua, de adilit. edicto, & ibi communiter DD.

Nec obstat, si obiiciatur, hic nullum adesse actum iudicialem, & † consuetudinem absque actibus iudicialibus non induci. Nam cõtraria opinio communis est, *Socin. consi. 99. volu. 1.* quia a lege aliter non differt, quam quod illa expressio, cõsuetudo vero tacito cõsensu i [...]. Et sicut lex † expresse inducit absque actu iudiciali, sic & consuetudo. *Tuscz an. com. opi. p. 1. versi. licet aliqui fol. 52.*

15

16

Tertium requisitum, de tempore. DD. communiter concludunt, quod 10. annis præscribatur, quia recipitur diuturna † cõsuetudo. Diuturnam autem † constituitur 10. annis seu dicitur a 10. annis. *l. si cum fideicommissaria. §. Aristo. ff. Qui & ex quib. caussis manumiss.* Pacta talia & similia in Westphalia inita & consuetudine introducta ante plures annos, quam de iure requiritur, eoque in viridi esse obseruantia ibidem, extractus clausularum pactorum dotalium *n nu. 95.* producta ostendunt.

17

18

His ita præmissis, & probata consuetudine, videndum, an partes rite & eo modo contraxerint, quo illis intentata actio secundum illam consuetudinem competat? Et quoniam illud in pactis allegatis cõsuetudinis consistit, videndum quid vtraque pars præstiterit? Et primo se offert, pactum nec non transfixum inter Balthasarum & Dorotheam von Holtzheim / quod quidem duas clausulas reseruatorias comprehendit. 1. Retinendarum hereditatum collateralium. 2. Paternorum & maternorum bonorum.

Tertio loco principaliter allegant actores ad fundandam suam intentionem pactum dotale, inter Ream Stephanam, & Casparum von Holtzheim. Ex quo apparet expresse dispositio super bonis & hereditate litigiosa, &c. 1. Probatur illud pactum per instrumẽtum productum. 2. Per consensum, qui vtrinque interuenit. Consensus Stephanæ variis modis probari potest. Constat, illam ista pacta rata habuisse, constante & soluto matrimonio. Constante matrimonio constat Ream consensisse ex ipsius renuntiatione facta in fauorem Fratrum deß Stammens Weiß Kirchen. Iam post matrimonium contractum anno elapso, vbi fit mentio pactorum inter Casparum von Holtzheim / & ipsam initorum, quorum etiam initium & finis inseritur, his porro verbis adiectis, videlicet, iam dicta pacta dotalia von jhnen beyden Eheleuten Caspar von Holtzheim angenommen / vnnd bewilligt / Item daß auff beyde Seiten jhre Freundtschafft deß Heuraths Guts zubringen / vnnd wie der Fäll halben mit der Eheleut Bewilligung gepflogener Vnderhandelung der Heuraths Verschreibung auffgericht.

Secundo probatur cõsensus ex eo, quod Rea iam vigore dd. pactorum acceperit auream catenam, quæ pars fuit sponsaliorum & pacti, quæ cum in vno † approbarit, in reliquis stare iisdem tenetur.

19

Tertio, quod Rea dicta pacta semper in custodia habuerit manuque propria scripserit, daß dieses jhre vnd jhres Haußwirts Eheberedung seye / soluto matrimonio in eodem consensu perseuerauit.

1. Quod idipsum instrumentum tradidit Christophoro von Stahl / & sic approbauit. Nam iuris, quod † instrumentum contractus alicui tradens, id approbasse censeatur.

20

2. Consensus apparet ex concepto lit. G. signato 5. Martii Anno, &c. 73. iudicialiter producto: quod conceptum Rea in aliquibus locis emendauit: cui concepto pactum dotale inter ipsam & maritum est insertum.

3. Quod Rea post obitum mariti anno & medio lapso renuntiationem Catharinæ sollicitauit & in propria persona iudicialiter comparuit.

4. Quia post obitum mariti dotem recepit, eamque Archiepiscopo Coloniensi pro pensione annua dedit: literas summam dotis ipsi assignatæ continentes accepit sub cautione, suo tempore heredibus domus Holtzhemicæ sese restituturam promittens.

Sed posito, nullum omnino consensum Reæ adesse, tamen putat, quod non sit necessarius, cum ex extractu clausularum appareat, sponsas nullibi præsentes fuisse in pactis dotalibus, & sic propter consuetudinem Germaniæ non fuisse necessarium.

Resolutio obiectorum a Reis oppositorum.

PRimo opponitur, quod hic simus in pactis futuræ successionis: sed pacta de illa disponentia debent non valere.

Secundo, dispositionem esse factam de iure Tertii scilicet Iunioris Caspari von Holtzheim non consentientis, neque scientis, quod similiter de iure sit illicitum, cum is non aliter, quam per fideicommissum vel substitutionem pupillarem grauari potuerit.

Tertio posito, quod ista dispositio aliquo modo procedat, tamen ad minus legitima filio conseruari & consequenter ad Ream matrem transmitti debuisset. Quan-

doquidem mater nec volens successionem filii de futuro repudiare potuerit.

Quoad primã obiectionem, videtur iuxta hanc quæstionem bona litigiosa Reis competere: quia actorum intentio solum fundatur in pactis; quibus induci videtur successionis modus, quod per pactum priuati hominis † de iure fieri non potest. Iuris enim est, hereditates † pactis non dari. *l. pactum. l. hereditas. Cod. de pact.* adeo vt † pactum de futura successione, stipulatione vallatum, nullam producat actionem, nulliusque momenti sit. *l. stipul. hoc modo concepta, de V. O. & ibi DD.*

Ratio huius triplex assignari potest. Vna, quia successiones per iuris modos, non pactis dari solent. 2. Quia inducit votum captandæ mortis. 3. Quia aufert liberam testandi facultatem, & ita velut contra bonos mores pactum dicitur, *DD. communiter locis citatis.* Quod procedit etiam in pactis dotalibus. Nam si † sponsus & sponsæ super hereditate & futura successione disponerent, tal s dispositio vitiaretur. *Tiraquel. de iure primogen. cap. 6.*

His tamen non attentis probat, pactum nostrum de iure communi & consuetudinario esse licitum.

De iure communi, quoniam hic versamur in pacto, cuius vi, hereditas reseruatur. Conuenerunt namque coniuges, vt marito prædefuncto sua parte permanente seu durante ad certum tempus, in tempus specificatũ, bona ab ipsis linea Holtzhemica prouenientia penes actores manerent, iisque reseruanda essent: contra vero vxor certam summam pecuniæ, aliaque bona eidem designata caperet: quod quidem † pactum lege est receptum & approbatum, *§. final. Institut. de legit. agnat. success. Barto. in l. fin numero 2 ff. de pact.* vbi inquit:

Quando quis vigore iuris a successione excluditur, & testamento facto succedere nihilominus potest pacto conuento idem effici posse, tam eo tempore, quo primum afficerentur, quam post testamento actoribus relinquere potuisset. Ergo simili modo per pactum iis eadem reseruare potuit.

Ideo non obstant supra ratione pactorum dotalium in contrarium adducta: & patent solutiones per Grassum in suis communibus opinion. *in verb. successio*, qui limitat ea duobus modis, scilicet, locum ea non habere, si conuentum sit non de vniuersa hereditate. Item si fiat de successione reseruanda. Mox ibi subiungit, *Hodie de consuetudine Germaniæ, contrarium † obseruari quod scilicet in pactis dotalibus conuenitur de successione acquirenda indistincte*, vbi allegat. Zas. *in l. stipulatio hoc modo ff. de V. O.* dicentem, durum esse in Germania contrarium obtinere. Et addit Grassus, se existimare eiusmodi conuenti nes † de successionibus in pactis dotalibus sustineri in vim vltimæ voluntatis, si saltem quinq; testes interuenerint, *argumento l. vbi ita donatur, de donat.* Deinde † valere hoc pactum reseruandæ hereditatis in pactis dotalibus docet Zas. *in d. l. nu. 99. de V. O.* dicens, hoc modo posse saluari omnia pacta dotalia Germaniæ.

Nec obstat, si obiiciatur, nos hic versari non in pacto retinendæ, sed potius amittendæ hereditatis, cum mater amittat hereditatem filii: & ita exemplum Zasii huc accommodari non posse, &c. cum Zasius nullam mentionem faciat liberorum, &c. Quia respondeo, cum paciscens maritus tempore initorum pactorum priorum liberam bonorum administrationem habuit, & secundum supra allegata & per testamentum bona sua in actores transferre potuit: non videt, cur non in posteriore pacto, maxime cum dispositio facta sit de bonis affectis, bona iam ante reseruata, denuo suam intentionem declarando, reseruare actoribus potuerit, ad instar testamentariæ dispositionis, quæ & in contractibus, vt infra patebit, locum habet.

Nec videt dissimilitudinem inter illa pacta. Etsi enim ibi in Zasio mentio liberorum nõ fiat, tamen adest par ratio. Nam si dicamus in casu nostro simul esse annexum pactum de non succedendo, elici etiam potest ex pacto Zasii. Certum enim est, illa pacta fieri tantum in locis, vbi de consuetudine vxor succedit marito, & econtra, vt id pacto præueniatur, cum alias frustraneum esset pactum desuper fieri. Quare si vxor successionem, quæ iure consuetudinario ei competit, per pactum iuxta Zasium remittere potest, putat etiam in casu nostro Ream tum temporis super iure non succedendi, quod illi nondum competebat, & in vario dubio euentu positum erat pacisci, ac eidem renuntiari potuisse.

Insuper pactum † factum in consequentiam priorum pactorum de iure approbatur, iuxta communem opin. Grassi. *verb. successio, §. successio. qui 9. numero 25.* vbi in hunc modum quærit: *Quod si fiat pactum de succedendo in consequentiam præcedentium dispositionum, vel contractus præcedentis, ex quo contingeret aliquam hereditatem*

reditatem obuenire, quæ eſſet reſtituenda, nunquid valebit? Reſp. Quod ſic. Et dicit ita tenere *Bart. in leg. f. C. de pactis. quem DD. communiter ſequuntur. iuxta Dec. ibi num. 21. in gloſ. verborum pacif pacif c. Viuius com. opin. libro primo. verb. pactum. numer. 2.* Verum ex actis conſtat, mens ac intentio Caſpars von Holtzheim Medii, quod in prioribus pacti bona Holtzhemica ſororibus, eorumque heredibus in totum reſeruare. In poſterioribus vero, pacto cum Stephana Rea nihil aliud agere, niſi ſuam intentionem, eo ipſo reiterare ſeu declarare, & iuxta pacta priora diſponere voluerit. Ergo cum in conſequentiam priorum omnia facta, & declaratio ſaltem ſubſecuta ſit, ſecundum iam allegatam opinionem DD. hoc pactum ſubſiſtere debet, cum ſit expreſſi iuris,

29 quod † declarans nihil de nouo faciat, ſed iam factum aperiat. *text. in leg. hereditas palam, §. ſed etſi notam. ff. de teſtament.* Deinde id videtur etiam valere, ratione

30 reciprocæ & viciſſitudinariæ † conuentionis, quæ in iure eſt fundata, *iuxta com. opin. Viuii in verb pactum. num. 8. Graſ. d. loco q. 9. num. 11.*

31 Valet etiam pactum † de bonis præſentibus ſaltem & non de futuris, vel ſi non fiat ſuper omnibus bonis. *Graſſ. ſupra dict. loco*, vbi aſſignat rationem quia eo caſu non tollitur libera diſponendi facultas, nec pacto hereditas datur, quia ſupereſt, de quo poteſt permittere teſtari. Et ita dicit eſſe de mente Bar. *in dict. leg. ſtipulatio, hoc modo, Parif. conſil. 26 numer. 117.* Verum conſtat ex actis, Caſparum Medium paciſcentem tam in prioribus, quam in poſteriore pacto cum Rea inito ſibi aliquid reſeruaſſe. In prioribus pacto nimirum Catharinæ, cum Adolph Grünholtz, vbi prius reſeruato ſororibus regreſſu ad domum Holzhemicam hæc verba ſubiunguntur: jedoch vorbehalten/ daß Caſpar von Holtzheim ſeine angeworbene Güter / die jhme nicht von Vatter vnnd Mutter anererbt/ ꝛc. in poſteriore pacto iam reſeruata bona in ſuo vigore relinquit, & adhuc illi liberam adminiſtrationem reſeruat, repetendo reſeruata in priore pacto, ibi vorbehältlich den von Holtzheim daſelb ſeines Gefallen zuverweiſſen / gleich ſein ander Erb vnd angewunnene Güter.

32 Adhæc, pactum † illud firmari poſſe videtur, propter incertum euentum, in quem erat collatum, videlicet an filius Caſpar Iunior naſciturus eſſet, vel non: vel eo nato an eſſet manſurus vſque ad certam ætatem, *per tex. leg. ſi ee commiſſa, vbi Caſtrenſ. Alex. & alii. Cod. de Tranſact.*

33 Quia pactum de hereditate † certi hominis in ſpecie, eſt iure vetitum, incerti eſt in genere permiſſum, *Viuius. Com. p. verb. pactum. § 1. num. 10.*

34 Item † valet pactum, nec reſtitutio in integrum datur etiam minori tamquam læſo: ſi ex actu vel conuentione poteſt quis percipere vtilitatem, ſicut & damnum. *Caſtr. dict. loc.* Sed certum eſt, quod Caſpar Iunior, ſi vixiſſet, maximam vtilitatem, totamque domum Holtzhemicam accepiſſet. Ergo ſubſiſtere videtur pactum.

35 Vltimo ſi is, † qui paciſcitur, tantum accepit, quantum ei debetur, contra pactum venire non poteſt. Communem dicit Dec. *in leg. pactum numer. 6. Cod. de coll. et Zaſ. in dict. leg. ſtipulatio hoc modo, num. 15. argumento leg. 1 §. ſi parens ſi quis a patre manumiſſ. refert Graſſ. ſupra dict. loc. quaeſt. 10.* Ex his putat de iure & communi DD. opinione actorum intentionem eſſe probatam, cum in veritate hoc pactum aliter deſcribi non poſſit, quam pactum †

36 reſeruandæ hereditatis, quod ſine iuramento, vt ex conſuetudine etiam valet. Nam quod attinet ad iuramentum, per illud confirmatur pactum amittendæ hereditatis, quod dum conſuetudo roborat. Sed poſito, quod eſſet pactum amittendæ hereditatis, tamen illud etiam ſubſiſtere iuri communi poſſet ſine iuramento ac debitis ſolemnitatibus, quæ alias requiruntur.

37 Conſtat † de iure, illud ſine iuramento inutile eſſe, & debet aliquod loco legitimæ dotis alimentum dari, &c. *DD. in c. quamuis,* nec illa in totum tolli poſſit.

38 Verum cum nos hic ſimus in alio & diuerſo pacto, quam, de quo ſupra dictum eſt, ac ſimus in ſucceſſione aſcendentis matris, ſcilicet, quæ excluditur † a ſucceſſione filii, non putat prædictas ſolemnitates requiri.

39 I. Ex ea ratione, quia aſcendentibus † alimenta de iure naturali non ita debentur, ſicut deſcendentibus *ſecundum Bal. in dict. l. 1. q. vlt. & conſ. 336. præmittendum eſt. vel. 2.*

40 II. Cum maior ratio foueat † filium in bonis parentum, quam parentes in bonis filii, *Corneus conſ. 150.*

41 Et deinde alias † ſucceſſio non ſit ita debita aſcendentibus, ſicut deſcendentibus. *per l. non etſi a parentib. de inoff. teſt. l. ſcripto. vnde liber.* Ex quibus putat, referri poſſe, cum in noſtro pacto, ſupra dotem & alimenta, congruentem ſummam pecuniæ, conſuetudo, nec non variis modis poſtea ratificando id pactum, acceperit, aliaque illa reſeruata fuerint, eam conuenire huic pacto minime poſſe, ac reſeruationem hanc eſſe loco legitimæ, quæ ipſi alias iuxta prædicta

omnino non debere, maxime accedente rationabili caussa, vt in nostro pacto, cum alias in statuto mater ob aliquam † rationabilem caussam sua dote, ac etiam legitima in totum priuari possit. *Cart. Iun consil.* 101. *per tot quem allegat Brunus tr. de stat. & success. filiar. act. q n.* 20.

42

Secundo firmamus etiam consuetudine pactum amittendæ hereditatis, si tale esset, propter quod huiusmodi pacta valent per supra deducta. Cōsuetudine † hoc posse induci probatur ex identitate, quam habet cum statuto. Imo & statuto & † consuetudini attribui potest, vt bona maneant in familia, *DD. communiter. leg. si quis posthumus. §. si filius. ff. de lib. & posth.* Sed in statutis potest id fieri, *iuxta Bald. & Salyc. in l. 2. C. de in ius vocando.* Ergo etiam consetudine, argumento a maiore ad minus, cum nostro casu agatur de bonis filii iam antea affectis, nulloque iure matri competentibus, ibi vero in statuto nimirum de bonis patrimonialibus iure naturæ debitis.

43 44

45 Nec obstat obiectio, dispositionem † de iure tertii esse inualidam. Nam respondet & loco solutionis repetit, l. supra adducta de consuetudine, quod videl. ea extendatur etiam in eum casum, quo matres filiis succedere possent, & tamen per illam excluduntur. Ex quo apparet, de iure tertii dispositionem fieri posse.

II. Non valet propter dissimilitudinem, cum quis possit pacisci de bonis cum conditione, si sine prole decesserit, cur non idem etiam sub conditione si sine prole permanente, seu prole decedente, in pupillari ætate, & ita quasi substituere possit, cū par in vtrisque sit ratio & potentia, & vtraque clausula vim pupillaris substitutionis habeat. Quemadmodum † in cōtractu matrimonii heredis institutio fieri possit, ita etiam substitutionibus in contractibus inter viuos locus esse potest. *Ant. Cont. in l. pactum, quod dotali. C de collat. Cranet. consil. 19. leg. 1. num. 8.* vbi dicit in contractibus substitutionem fieri posse. *Couarr. libr. 1. variar. resolut. c. 3. l. in heredibus, de legat. 2. Cast. cons. 347. lib. 1.* Quemadmodum iuxta Crauettam, donatarius purificata conditione substitutionis, rei vindicatione ad bona sibi donata agere potest: sic etiam putat actores in casu nostro bona Holzhemica per substitutionis modum ipsis reseruata petere posse.

46

Non obstat etiam tertio loco, quod de legitima dubitari potest. Etsi enim videtur eam onerari non potuisse: vulgatum enim est, legitimam † post mortem patris pleno iure deberi, *auth. nouissima. Cod. de inoff.* Etsi legitima relicta sit cum grauamine, illud ipso iure tolli ac reiici, ac si appositum non esset. *l. quoniam in prioribus. C. d. tit.* His nō obstantibus, putat contrarium, scilic. legitimam per patrem onerari potuisse. Simili modo in pupillari substitutione a legitima filii onus non reiicitur, *ita tenet Bart. in glos. d. l. quoniam in prioribus. C. d. tit.* quia hæc substitutio non onus seu grauamen, sed potius commoditatem & vtilitatem filii inducere videtur. Quia † grauamen vel conditio apposita in fauorem ipsius filii, & cōmodum, nunquam reiicitur, imo valet, *Anton. Gab. conclus. 1. num. 20. tit. de legitima.* Iam in nostro casu filius nullum grauamen, sed magis commodum, videl. totam domū Holzhemicam sensit. Ergo, &c. Non obstat, si dicatur, in nostra caussa non adesse vltimam voluntatem, sed pactum tantum seu contractum inter viuos factum, quia respondeo, etiam per contractum filii legitimam onerari posse, per patrem, vt pulcre distinguit Grassus *comm. opin. ver b. legitima. quæst. 44. Picus in leg. post contractum. de donat.*

47

48

Ad prædicta omnia facit transactio, ex qua patet, priora omnia esse confirmata: vti patet ex verbis eius, lit. C. Ad compulsoriales prius emanatas, producta est ista trāsactio.

Ex quibus non obstare putat, quod a Rea obiicitur, transactionem esse factam sine ipsius vel filii consensu: quia quod ad filium attinet, ille defectus suppletur præsentia & auctoritate tutorum. Consensus vero est scientiæ Reæ Stephanæ matris, quamuis in iam d. transactione inter Stephanum, & Theines von Holtzheim/ & tutores iunioris Caspars von Holtzheims in præsentia Episcopi Monasteriensis facta. Anno 1558. 15. Martii. In qua transactione inter alia prouisum, daß Stephana durch sich selbst/oder die jhre auff den 23. deß Monats als solch Hauß Holtzheim/vnd anders/ in massen / als vorhin vertragen/ vnnd vberkommen / obgenanten Vormündern oder jhren vollmächtigen / gegen Zustellung deß vorgenanten Inuentarii, sölle einraummen vnd vberliefern/wie auch inwendig derselben Zeit die Verträg / so auff dem Hauß Holtzheim/zwischen Frauwen Stephanam/jrem Ehegemahl vnd den Vormündern auffgericht / ingrossiert/ vnd einem jeden versiegelt/ gehandtreicht sollen werden. Sigillarunt Episcopus & partes, &c.

Ex hac transactione confirmatur illa prior. lit. C. producta, de qua ante, & sic consequenter pactum nostrum declaratur. Consensus Stephanæ videtur etiam confirmari per vltimam voluntatem Caspari medii (mariti prioris ipsius Reæ) quæ etsi a Rea

a Rea impugnatur tanquam inualida, tamen eandem ad confirmationem dictorũ pactorum prius initorum sufficere putat. Quia Rea illam per plures actus approbauit, vigore eiusdem voluntatis legata aliqua exsoluendo: vt patet per ipsius confessionẽ, ad 41.42.&43.&45. positionales, vbi cõfitetur, quod vigore iam dictæ voluntatis executores ad se postularit, iisdem eandẽ voluntatem vltimam sui mariti præsentarit, tradiderit, executionemque semper flagitarit. Adhoc dictam, vltima voluntas non solum a parte aduersa, verum etiam ab Episcopo Monasteriensi nuncupata est. Ex his infert cum aliqua approbarit in testamento, quod reliqua, quæ contra ipsam sint, improbare non possit.

49 Nec obstat, quod a Reis hic obiicitur, ex testamento hereditatẽ † neminem consequi posse, nisi qui in eo heres institutus sit. Sed in dicto testamento actores nullo heredũ nomine honoratos esse. Ergo & heredes esse non posse. Respondet enim actorum intentionem non esse, quod velint hereditatẽ ex illo capite petere: verum eo saltẽ demonstrare, ꝙ Caspar von Holtzheim medius, constantẽ secũ habuit voluntatẽ conseruandæ domus Haltzhemicæ in familia, & quod in ea ad extremũ vitæ spiritũ perseuerauit. Inde sequitur, etsi priora facta tanquã dubia & incerta aliquo modo impugnari possent, tamen iã pro firmis habẽda. *l. 3. C. de lib. prat.* Nec est verisimile, ꝙ Rea prætendit, se contẽta ignorare. Ideoq; ignorantiam ei non obesse, cum contrariũ colligatur, ex 5. dictis actibus, quib. vltimæ voluntati Rea acquieuit, soluendo legata.

Nihil quoq; ad rem facit, quod a parte aduersa adductũ, si dicta vltima voluntate voluisset testator bona litigiosa actorib. relinquere: Quod vel vnico verbo potuisset filio, si sine liberis moreretur substituere: sed quia cognatos vlterioris gradus, scil. actores exiguo legato tantum honorarit, eo ipso significasse, se nolle illos aliud ex sua dispositione, quam illud legatum consequi, reseruato saltem eo, quod illis ab intestato obuenire posset. Nam respondet huic voluntati clausulam principalem insertã, quæ actoribus bona litigiosa tribuit, omitti, quia etiam tacite institui videntur, cuius clausulæ verba sunt, item meiner lieben Haußfrauwen heiligs Fürwarten sollen in jhren Wircken vnversehret bleiben/ꝛc.

50 Ex his omnibus, cum in primis certum sit, verbum, bleiben † in nostro casu habere tractum successiuum, & denotare perseuerantiam, eamq; interpretationẽ ex iure præiudicio clausulæ, & expressã voluntate contrahentium procedere. Deinde Casparum von Holtzheim medium hũc testatum voluisse d. verbum, bleiben / extendere eousq;, quousq; liberi eius ad matrimonium essent habiles, & si ante id tempus morerẽtur, bona litigiosa ad actores reuerti, quandoquidem reseruatio, tam ex priorib. pactis cum sororibus, quam posteriori cum vxore Rea initis colligi potest, & insuper illa conditio purificata sit, necessario, ad actores bona litigiosa redibunt. Nec eum mouet, quod contra posterius pactum solet obiici, illud esse contra bonos mores, cum pactis hereditas non detur, &c. Quia si recte perpendamus, videmus, quod in eo duratur prior voluntas, vt videl. bonã Holtzhemica, & ex iis prouenientia iã antea reseruata, ad actores reuertantur, matri vicissim vna cũ dote ex iisdem bonis certa summa pecuniæ, aliaq; bona mobilia reddãtur, matri tamen reseruata in bonis, ante non affectis, libera administratione, ideo vt suo iudicio non sapiat dispositionem omnium bonorum, nec præsentium & futurorum simul, & sit potius factum in consequentiã priorum pactorum, & Rea tantum, vel etiam plus acceperit, quam ei debebatur: quę quidem pacta de iure approbantur.

Nec eũ mouet, quod ratione Reæ consensus secundo loco fuit obiectus, &c. Posito .n. quod necessarius fuisset, vti nõ putat, tamen, *vt supr. deductũ* eũ tam constante, ꝙ soluto matrimonio esse adhibitũ constat, maxime ex ratificatione d. vlt. voluntatis mariti. Sed insuper etiam Episcopus Monasteriensis suũ consensum & auctoritatẽ adhibuit, ita vt omnia solemniter gesta de iure & æquitate præsumantur. Cum itaq; his quoq; accedat consuetudo, eaq; satis probata sit, iuxta petitionẽ actorũ, pronunciãdum fore, existimat, adiudicando ipsis bona omnia a Casparo Iuniore relicta vna cum fructibus perceptis & percipiendis a tempore litis cœptæ. &c. Quoad fructus, quo minus isti debeantur, non obstant in contrarium adducta, cum in pactis cautum esse reperiatur, quod Rea existente casu, quo ipsa 3000. aureorũ contenta esse debuerat, tunc demum bona Holtzhemica heredib. permittere debere, cũ prætacta 3000. eidẽ prius essent ab heredib. soluta. Posito ergo, ꝙ petitio in principali haberet locũ, tamẽ cum pactũ a sua parte actores nõ impleuerunt, Reũ & Reã bona litigiosa ex cõuentione, retinere posse, donec pfata summa fuerit soluta. His siquidẽ respõdet, culpam, quo minus cõtractus fuerit impletus, potius Reis, quã actorib. fuisse adscribendã: Quãdo .n. actor est paratus contractũ adimplere ac soluere, Reus vero cum similiter posset, id recusat, tunc culpa seu mora

Reo, non actori imputari debet, & venit interesse actoris, *iux. Castr. in l. arb. traria, de eo, quod certo loco. num. 7.* Sed certum est, actores non fuisse in mora, sed semper paratos obtulisse pecuniam. Ergo nulla mora illis imputanda. Et posito, quod actores in mora fuissent, tamen iis nihil obesse: quia Reis similiter in ea existentibus, tunc vna mora cum alia compensaretur, 51 *iuxta Castr. d. loco.* Mora † enim non inspicitur, cum debitor & creditor est in mora. *l. si & per emtorem, de act. emt.* Sed Reus per interpellationem in mora esse constat. Ergo, &c. Sufficit † namque sola interpellatio 52 ad constituendum quem in mora, maxime quando fructus iure actionis veniunt, vt in casu nostro. *l. si ex legati ratione, de verbor. obligat. Castr. in l. cum postulasset. num. 2. de dam. infect.* Quod procedit, etsi interpellatio fiat extra iudicium, *iux. leg. qui Romæ, §. coheredes d. tit. 2.* Moram ex parte actorum commissam in deponenda pecunia non esse, inde apparet: quoniam si ab ipsis petita, nec vicissim bona litigiosa oblata fuissent, per exceptionem Reos repellere licuisset. Non est in mora † a quo pecunia 53 propter exceptionem peti non potest, *l. lecta, § sed cum fortis si cert. pet.*

Tertio, etiamsi solutio nulla ab actoribus facta sit, tamen in † mora ipsos esse, dici non potest, quia res in iudicium ducta, 54 *iuxta leg. si quis solutione, in princ. de vsufruct.*

55 Quarto. Oblatio † sola verbalis efficit, vt quis non constituatur in mora *per l. illud. ff. de peri. ul. & commod. rei vend.* Quia cessat caussa, propter quam fructuum cursus intentionem Reorum deberet impedire, 56 ideoq; ea cessante † cessat effectus, *Ang. d. l. lect. a.* Sed posito, quod mora sit commissa, tamen nihil obstare, cum oblatione opus non fuerit: & quæstio illa adhuc non moueri, sed demum locum habere possit, sententia iam lata: quia certum est, huiusmodi fructus competere iure actionis, qui iam probata actione, ac decisa caussa veniunt, maxime vero, quia rei tum eo animo bona Holtzhemica occuparint, ac si ipsimet heredes essent, iuxta quod solutionem sibi ipsis facere debuissent: qua de caussa nulla oblatione seu depositione opus fuit. Cum autem eo ipso, pecunia illa cum hereditate erat confusa, ex his concludit, fructus actoribus esse adiudicandos. Et quod debeantur a tempore litis cœptæ, probatur, quia in petitione heredit. per solam motio- 57 nem controuersiæ, quæ fit extra † iudicium, constituitur quis in mala fide, & res efficitur litigiosa *per l. diuus, de petit. heredi. tatis. Paris. de Castr. in l. si fundum Cod. de rei vind.* Quodque † debeantur tam percepti, 58 quam percipiendi facit. *l. litigator. C. de fructibus & lit. expens.* Fructus namque † au- 59 gent hereditatem, cum ab eo possidentur, a quo peti potest hereditas. *l. non est ambiguũ. fam. ercisc.* Et post moram in bonæ fidei iudicijs omnes accessiones, † fructus & com- 60 moda veniunt. *l. cum fundus in pr. si cert. pet.* Accedit, quod fructus † & interesse in hoc 61 petitionis hereditatis iudicio iure actionis, non officio iudicis veniunt. *l. item. 22. §. fructus, vbi glos. l. sed etsi lege. §. 3. de petit. hereditatis.* Actores id, quod ratione pacti dotalis reis debetur obtulisse, constat ex Schedula memoriali comprehensa in verschlossenen Documenten. &c.

Iam oritur quæstio in puncto interuentionis, *an † mater a filii successione propter re-* 62 *nuntiationem pacto exclusa, censeatur etiam exclusa filia illius soror vterina defuncti?*

Et videtur inprimis † sororem vterinam 63 actores tanquam remotiores gradu præcedere, & in petenda hereditate fraterna potiorem esse, *iux. auth. post fratres. & l. 1. C. de legit. hereditate.* Et quod in nostro casu, etiã dato, quod mater esset exclusa, filia tamen excludi non debeat, videtur probari posse. I. Ex eo exemplo, quando mater secundo † nubens, filio & filia relictis impuberibus, 64 tutorem non petens, mortuo filio ab eius successione excluditur, filia propterea a fratris successione non excluditur. Et sic a simili videtur, in nostro casu, matre exclusa filiam non excludi. II. Quia iuris est, pactum † exclusiuum ad heredes non exten- 65 di, nec matre renuntiante aut ius suum remittente, eius liberi illud remisisse præsumuntur: quia ex sua persona ius integrum manet, quod a matre non acceperint. *Bar. in l. qui superstites. num. 2. de acquir. hered. tate.* Quib. tamen, aliisque, quæ pro opinione illa adduci possent, non obstantibus censet, filiæ nullum ius, quoad bona litigiosa competere. Quia filia aut vult venire ex persona matris, & non potest: quia mater pacto est exclusa: aut vult venire ex propria persona, tanquam soror defuncti, & vna cum matre in hereditatem fratris succedere: sed nec id locum habet, *iuxta auth. de hereditate ab intestato. veni. § consequens.* Licet † enim quidam DD. in ea sint opinione, 66 quod vno tantum latere coniuncti fratres & sorores, vna cum parentibus ab intest. defuncto succedere possint, *iuxta l. si quis qu bus. C. ad Tertull. in pr. vers. sola cognationis iura habente,* &c. vbi dicitur, quod frater ex vno latere tantum admittitur cum matre, & sic cum ascendentibus. Tamen contra hanc opinionem alii textus & DD. communis sententia militat: qui dicunt, hunc

hunc textum hodie esse correctum, & requiri vtrunq; vinculum ad hoc, vt fratres & sorores admittantur cum ascendentibus. *Matthesilan. in tr. de success. ab intest. 2. articulo principali n. 10* Deinde etiam defuncta matre, filia in l. cum eius non succederet: imo excluderetur sicut mater: & quia fauor 67 propter quem † pactū est initū, durat mortua matre, sicut ea viua, *vt probatur in l. qui iure militari, cum l. seq. de testam. milit.* Et licet ex ea parte, qua pactum excludit matrē, nō contineatur filia, tamen ex ea parte, qua reliqui vocantur, excludetur *per l. quod in v. §. si quis post, de lega.* 1. vbi, quod ad vnū applicatur, alteri remouetur. Facit ad hoc, quia persona, quæ excluditur, nunquā est caussa fauoris, sed illa, quæ includitur. Vnde illa inclusa tanquā principaliter debet attendi, *argum. l. sed etsi. §. fin. de in ius vocando.* Et est melior textus de iure *secundum Bal. & ibi Castr. in l. si defunctus. C. de suis & legit.* Vbi patet, quod illi, quorū cōmodo fit aliorum exclusio, videntur vocari, quāuis aliter hoc nō exprimatur. Hanc quæst. & diffuse examinat, B. *Bal. in l. maximū vitium, 1. & 2 col. C. de lib. prater.* vbi eam cōprebat etiam alijs fundamentis: quia nō debet melioris cōdi-68 tionis esse † filia, quā ipsa mater, *arg. l. si viua matre. C. de bonis maternis.* Item quod statu-69 itur in caussa proxima, censeatur † statutum, in caussa remota, quæ ex illa descendit, *Cast. cons. 418. in cap. quod ista mater. Bal in l. sumus in pr. & vlt. q. C. de inoff. test. I. e consi. 196. circa secundum quæsitū*, vbi ponit regu-70 lam, quod vbicunq; † excluditur aliquis fauore alicuius, tunc sequentes in gradu intelliguntur exclusi. Et quoniam iam dicta locum habent, quando aliquo modo dubitatur de mente statuentiū & contrahentiū, multo magis in nostro casu ea procedere debent, vbi sumus in casu plano & claro, & expressa contrahentiū voluntate. Nec obstant in contrariū adducta, quia diuersa sunt a casu nostro. Ibi enim mater nō excluditur fauore alterius, sed propter suā culpā, quia scil. liberis tutores intra legitimū tempus nō petijt, in quo casu matris culpa filio nocere non potest. Quando enim nō propter 71 alterius fauorē, sed propter mortem, † repudiationē, delictum, vel ingratitudinem quis excluderetur, tunc sequens in gradu succederet, *auth cessante. C de legit. heredib. §. sui autem, cum seq. vers. illud palam, Inst. de heredibus ab intest. & leg. si quis filium. C. de inoff. test.* Ex his patet, matre per pactum exclusa, filiam quoque excludi.

Sententia.

IN Sachen Balthasar vom Schal/ Klägers / wieder Weylandt Theines von Holtzheim/ jetzo dessen Erben/ curatores vnd Consorten/ Beklagte Anderstheils/ ist allem Fürbringen nach zu Recht erkant/ dz gedachter Kläger Weylandt Caspar von Holtzheim/ deß jüngern Rechter Erbe / auch die Beklagte / dero in actis angezogen Heuradtsverschreibung zugeleben/ vnd derhalben jme Klägern das Hauß Holtzheim / sampt dessen zu/ vnd angehöre/ auch gantzer Verlassenschafft/ so viel zu jhren Händen kommen/ ausserhalb was jhr vermöge berürter Heuraths Verschreibung gebüret/ sampt dero vō Zeit an ermelts Caspar von Holtzheim Absterben / davon auffgehabenen Nutzungen/ oder so davon auffgehaben hetten werden mögen/ einzuantworten vñ zuzustellen schuldig seyn / darzu wir sie denn hiemit condemniern vnd verdammen / die Gerichtskosten derwegen auffgelauffen / auß bewegenden Vrsachen, &c. Ferner vnd inter eadem in puncto interventionis in specie Catharin von Holtzheim Curatorn/ ad litem in acti ernennt/ pro interesse belangend / ist gleichfals allem Fürbringen nach zu Recht erkant/ daß die beklagte von angestelter Interuentionklag zu absoluieren vnnd zuerledigen seye / als wir sie hiemit absoluiern vñ erledigen/ compensatis, expensis, &c.

Votum II. Correferentis.

IVrisdictio fundatur ex denegata & prorogata iustitia, für Thalū im Stifft Münster/ vt patet ex instrumento denegatæ iustitiæ, n. 3. Anno. 62. 16. Augusti hic in Camera iudicialiter producto, *Gail. obs. 28. nu. 1. & 2. lib. 1.* Procuratoria iusta. Morte enim domini Palmbaums nobis nullum præbetur impedimētum, quo minus definitiue pronuntiare possimus, cum is post conclusionem definitiuam mortuus sit, recessa visitat. de Anno. 78. §. vnd demnach/ &c. cū seq.

Qua actio instituta?

AD cognoscendum genus † actionis 72 conclusio, non narratio libelli dēl generaliter attendi debet, *Ias. in §. omnium, nu. 130. Inst. de actionib. Schneidew. ibid. nu. 76. si voluntatem. vbi Bal. C. de rest. vendit. quē Dec. allegat in c. fin. C. de probat. Bar. in l. certi condictio. num. 2. si cert. petat*, inquiens actionū diuersitatem ex medio concludendi cognosci.

Iam inspecta petitione libelli apparet, actores duo petere. I. Se declarari heredes Caspars von Holtzheim Iunioris. II. Reos condemnari ad restitutionem rerū hereditariarum cum fructibus perceptis & percipiendis. Atque hanc formulam petitioni hereditatis proprie conuenire attestatur, Ias. *in dict. §. omnium numero quarto.* addens hanc restitutionem rerum heredita-

rium, non iure actionis, sed officio iudicis venire actioni deseruiente, *per l. licet minimam, 10. ibi, sed hoc solum, ff. de petit heredit.* Hereditatis igitur petitionem non quidem veteri, sed nouo iure, quod scilicet regulatur secundum pacta & consuetudines istorum locorum hic esse institutam, dubium non est, *Placent. de varietat. actionum, lib. 1. tit. 3. per l. 1. & 3. de petit. hereditatis.*

Approbata.

PRo huius puncti decisione repeto inprimis votum Domini Referentis, ita tamen, vt non secundum petitionem libelli, quæ super vniuersa hereditate concepta est, sed super dispositione certorum bonorum, videlic. Holzhemicorum pronuntiare malim. Ideoq; propter clausulam sa-72 lutarem † libello appositam, quæ tantum operatur, vt per illam remedium competens imploratum videatur: maxime cum alias ex verbis libelli ius agentis satis cognosci possit: quo casu libellus etiam quocunq; modo conceptus valet, saltem officio iudicis, quod cum aliis actionibus concurrit, 73 cum sit † latissimum, & competat vb cunq; quis iustitiam habet, *Innoc in c. conquerente. num. 2. vers. item si in l. bello, & vers. seq. de off. iudicis ordin. tr. de statut fœm. a successi. exclud. art. 15 pr. num. 3.* vbi inquit: Si prouisio statuti vel factum apertum narratur, & beneficium statuti seu actio inepte proponatur, tunc sustineri secundum communem sententiam talem petitionem, allegat *Bar. Bal. & communiter scribentes, in l. 1. in princ.* 74 *de edendo. & in l. edita, C. eod.* Et supra dicta † clausula tantum etiam operatur vt intelligatur conclusum, prout ex narratis quocunque modo colligi potest.

His sic positis sequentia præmitto. Et 75 quidem primo, pactum † de succedendo in bonis saltem præsentibus, non futuris, vel incertis quibusdam bonis, non vniuersali hereditate de iure improbatum non esse, communem dicit Curt. Iun. *consil. 81. num. 4. quem refert Villalob. com. opin. verb. pactum num. 3. Vinius ibid. lib. 1.* Atque hoc procedit, etiamsi quis in genere bona sua 76 alicui post mortem suam promittat. Hoc † namque casu promissio ista non ad vniuersam hereditatem trahitur, sed ea tantum bona, quæ paciscens promissionis tempore possidebat & habebat, complectitur, *l. si ita legatum esset. de auro & argent. legat. l. fin. §. qui indiuisam de legat. 2.* Ratio est quia ap-77 pellatione † bonorum siue in dispositione generali, siue simpliciter facta, non futura, sed præsentia tantum bona veniunt, tale pactum liberam testandi facultatem non omnino adimit. *Tarzan. com. op. c. 83. num. 2. & 3. Vinius. d. loco. num. 9.* Sic † valet 78 conuentio inter fratres vel alios, vt vnus alteri succedat, si non sit facta de omnibus bonis præsentibus & futuris, *Port. com. opin. lib. 6. conclus. 5. in princ. Tiraq. quæst. 6. num. 5. de iure primogenit.* Talia namque verba vniuersalia tanquam Scyllam fugienda esse inquit Vinius d. loco.

Secundo † præmitto, talia pacta non so-79 lum de iure procedere, sed etiam consuetudine induci posse, non tantum super hereditatibus paciscentium sed etiã aliorum, *Port. conclus. 23. lim. 2. l. b. 6. Jas. in l. pactum dotale. nume. 3. vers. in tertia parte, & num. 4. limit. 4. C. de collat.* Iura † namque consue-80 tudinaria de successione disponere posse tradit Bal. *in cap. mulier, si de feudo def.* &c. *per c. Raynutius de testibus.* Hac enim ratione † valet pactum vt primogenitus succe-81 dat aliis penitus exclusis, aut non æqualiter succedentibus, *Bal. d. loco & in l. cunctos Zas. de summa trinit. Ias. in d. l. pactum dotale, num. 4 vers. vlt. fallit Tiraq. dict. loco quæst. 7 num. 7.* vbi inquit, tale pactum in contractu matrimonii factum in multis regni partibus obseruari, præsertim inter nobiles. Sic † 82 consuetudine induci potest, vt filii secundi matrimonii, tam in feudis quam in ceteris bonis, *Aluarot. in d. d. l. cap. Mulier. num. 1. si de feud. def.* &c. *cap. 1. de filiis natis ex matrimonio,* &c. Qui quidem † textus licet lo-83 quatur de nobili qui primo vxorem nobilem duxerat, ex qua liberos susceperat, & postea ea defuncta cum alia minus nobili contraxerat, tamen ea locum habere in quibusuis nobilibus & ignobilibus, dicit Tiraq *dict. quæst. 6 num. 3. de iure primogen.* Etiamsi enim talia pacta † de iure reproba-84 ta sint, tamen de consuetudine admittuntur. *Aluarot. dict. loc. num. 2. & in c. filii nati. num. 1. 2. & 3. si de feudo def.* &c. Ratio talis consuetudinis est fauor matrimonii, per quod genus † humanum conseruatur, ei-85 demque immortalitatem præstat, *auth. de nuptiis in princ. concordat l. 1 solut. matr. Aluarot. & Bal. in dict. cap. filii nati.* Addit ibi Aluarot. quod hac ratione tolleratur etiam conditio turpis ex consuetudine speciali adducta, quæ alias reiici debuisset.

Tertio præmitto, quod † pactum de 86 succedendo tertio valeat, si is de cuius hereditate agitur consentiat, & in eodem cõsensu perseueret. *l. fin. vbi Ias. num. 13. Cod. de pact.* Licet ille consensus non a principio, sed ex post facto interueniat. *Bal. in d. l. fin. quem sequitur Dec. cons. 31. colum. 3. Crauetta consi. 19. quos allegat Vinius verb. pactum. numer. 7. Wesenbec. consil. 71. numer. 23.*

Quarto, præmitto † valere tale pactum, 87 quando

quando illud venit ex natura contractus liciti præambuli. *leg. si quis seruum 24. de act. emt. Iass. in dict. leg. final. numero 7. lim. 6. Cod. de pact. Boer. consilio 50. numero 8.*

Quanto præmitto maiorem esse rationem in bonis parentum, quam in bonis filiorum. Nec enim successio ita † debita est ascendentibus, quam descendentibus, *leg. nam etsi parentibus, de inoffic. testam. leg. scripto, ff. unde lib.* Non enim ita debetur † patri filii hereditas, sicut filio hereditas paterna. *glos. in leg. pactum dotale, in verb. improbatur. Cod. de collat. l. 1. §. si parens, & ibi glos. verb. repellitur, ff. si a parente quis fuerit manumiss.* sic † statutum excludens fœminas ascendentes a successione liberorum ascendentium valet, & minus dubie procedit, cum ascendentibus de iure naturali alimenta non debeantur, *Brunus in tract. statut. fœminas exclud. &c. prin. artic. 1. numer. 22. 23.*

88

89

90

His sic pro declaratione præmissis, ad probationem intentionis actorum accedam, ad quam probandam varia ab ipsis producuntur documenta, inter reliqua quæque pacta dotalia, eaque triplicia: inprimis autem illa inter Casparum von Holtzheim medium patrem scilicet Iunioris, & maritum Reæ Stephanæ, & Stephanam eius vxorem Ream nostram de Anno, 1550. 5. Febr. confecta. Ex quibus primo apparet, d. Casparum Medium de præsentibus tantum non de futuris, item de certis quibusdam bonis, non de vniuersali hereditate disposuisse. Quod ad præsentia bona attinet, de iis tantum prouisum esse videntur monstrare verba illa pacti dotalibus Adolpff Grünholtz & Catharin von Holtzheim inserta, mihi fol. 11. ibi, vnnd wenn der letzte Pfenning dieser Summen bezahlt ist / sollen Adolpff vnnd Catharin so viel das Hauß Holtzheim belangendt / Verzeichnuß thun / ꝛc. paulo post. &c. Jedoch ihnen vorbehalten / ꝛc. ibi, &c. jhrn Anspruch an das Hauß Holtzheim cum seqq. vsque ad vers. da sich aber begebe / ꝛc. vbi sibi reseruat in reliquis bonis acquisitis & acquirendis libertatem alienandi, & ad libitum de iis disponendi, Item in verziegs Brieff / litera F. num. 2. modo dictorum coniugum, vers. vorbehalten / ibi, in dem Fall sol d. Catharin jhrn Anspruch vnnd Gerechtigkeit / von dem Hauß Holtzheim behalten / quæ quidem literæ die Luciæ virginis Anno. 52. & sic integrum annum post mortem Caspari Medii confectæ sunt, & tamen d. Catharina sibi ius suum reseruat conditione eueniente, saltem in ædibus Holtzhemicis non in tota hereditate. Quæ quidem reseruatio videtur esse declaratio pactorum dotalium nostri Caspari Medii cum Stephana vxore & Rea nostra initorum, quod videl. illud paciscentes intellexerint de bonis seu saltem ædibus Holtzhemicis, maxime cum dicta Catharina filia de Holtzheim se ad d. pacta Caspari Medii fratris sui ibidem expresse referat. Quamuis & illa ipsa pacta videantur innuere adhuc alia bona superfuisse, in versu: Neben dem / ꝛc. ibi die vbrige Gütter / ꝛc. & vers. seq. Dagegen gleich sein ander Erb / vnd angewunnen Gütter. Mallem itaque si fieri posset in iam d. literis persistere, & eo, quo dictum est modo pacta declarare: præsertim cum videmus ipsosmet paciscentes ea ita intellexisse, & desuper contentos fuisse, & ad hanc interpretationẽ me maxime mouet consuetudo generalis Episcopatus Monasteriensis, & totius fere Germaniæ, quæ ex extractu clausularum producto, multis actibus extraiudicialibus habet, (excepto Rennenberg contra Rennenberg /) tam ante, quam post hunc actum celebratio notoria fit, & depositionibus testium quoque insuper corroboratur, de quibus late Dn. Ref. ad quem me breuitatis studio refero, sicut & ad ea, quæ in secundo præmisso dixi.

His accedit mens, voluntas & intentio paciscentium, quæ qualis fuerit, hinc inde ex actis & productis documentis satis manifeste colligitur: quod scilicet propter præambulas renuntiationes bonorum paternorum & maternorum a sororibus suis, in fratris Caspari scilicet Medii, Reæ nostræ in mariti fauorem factas noluerit bona sua post mortem filii ad aliam quam peruenire lineam: atque sic propter beneficium renuntiationis sibi a sororibus præstitum, se ad q. antidora vel renuntiationem obligare voluit. Neque enim verisimile est, dictas sorores bonis suis paternis & maternis, in quibus alias æquale ius succedendi habuissent cum fratre, renuntiasse, si illis non fuisset reseruata aliqua spes succedendi. Idque modo in dictis pactis allegato. Renuntiationes namque † etsi sint liberæ fint. *l. si quis in conscribendo C. de pact.* Tamen non facile præsumuntur factæ absque caussa. *leg. si vnus §. ante omnia, de pact. l. si ex pluribus, de solut. Bal. in leg. 1. vlt. notab. C. de edict. D. Had.* maxime in mulieribus † quarum genus alias auarissimum & tenacissimum est, *vt inquit glos. in leg. 1. super verb. nulla est. Cod. ad S. C. Velleian.* Quare cũ dd. renuntiationes sororum propter modo allegatam reseruationem præambulam in fauorem fratris, in conseruationem † familiæ & agnationis, in qua versatur fauor publicus, qua de caussa & fa-

91

92

93

IN NOMINE DOMINI, Amen.

IVrisdictio fundata, procuratoria iusta. Quoad actionem, putat dari posse actionem ex stipulatu iuxta distinct. Bart. *in l. de quib. ff. de legib. nu. 19.* vbi dicit, si consuetudine inducatur aliqua actio, illa actione sine dubio agi: si non, tunc aut consuetudo aliquam legem communem interpretatur, & agitur ex ea, quae locum habet de iure communi, aut de nouo aliquid inducit, & tunc non agitur ex consuetudine, si disponas aliquid formiter, vt si inducit cōtractum, agitur ex illo: Si ius succedēdi, petitione hereditatis, si dominiū, rei vindicatione: si vero disponis difformiter, ita quod non possit oriri actio ex iure communi, tunc agitur ex lege vel consuetudine. Iam applicādo ad nostrū casum, de iure communi potest dari ex stipulatu actio, quod consuetudo in praesenti casu allegata interpretatur generalem illā regulam: *Pactis* † *dari non posse, puta hereditatē.* Neq; obstat, quod nemo † sibi ipsi paciscendo, vel stipulando acquirere possit, *Zas. in l. stipulatio, §. alteri. ff. de V. O.* Limitat illam regulam 2, modis. 1. si sit consuetudo notoria in loco, quę aliud inducat. 2. in persona publica. 1 2

Sed in nostro casu videtur instituta hereditatis petitio & quidem secundum intentionem simpliciter. 1. Ex conclusione † libelli, ex qua principaliter libellus est diiudicandus. *Pan. in c. ex parte. de foro comp. Alex. cons. 116. volu. 2.* In libello autē proposito & cōclusione patet, actores petere, se declarari heredes Iun. Caspari von Holtzheim/ quae peculiaris est forma instituendi petitionē here- 3

hereditatis. *iuxt. l. licet, & ibi Bart. ff. de pet. heredit.* Ergo, &c. Secundo, ex ipsis articulis, vt pute 5. 61. 67. nec non aliis productis hinc inde, vbi passim & simpliciter aditionis & petitionis fit mentio.

His tamen non attentis, hereditatis petitionem quidem aduersus Reos institutam, non tamen, vt Rei contendunt simplicem, vel saltem ex sua natura nō descendentem, sed alio modo vestitam.

Si namque consideretur conclusio libelli, non simpliciter, sed vigore pactorum, hisce videlicet verbis petitur. daß Kläger vermög auffgerichter vnnd bestättigter Pacten/ Vorbehalts vnd Vertrags/ Gemächts vnd Verwirckungs Erben seyen/ rc. Ex quibus sane verbis apparet, institutam actionem, non quidem ex iure ciuili, sed ex noua lege & consuetudine, per quam videlicet ista pacta & reseruationes valent & subsistunt. Quod in iure procedit. Si enim circa ius succedendi aliquid consuetum sit, actio non ex consuetudine fundatur, sed dirigitur ex petitione hereditatis propter consuetudinem. Sicut explicat Iason. *in l. de quibus in* tertio puncto, quem refert Mynf. *consil. 13. numero 2.* Atque hic ita fuit factum, vt actores ratione vxorum instituerint petitionem hereditatis propter pacta, iuxta consuetudinem Episcopatus Monasteriensis inita, contra Stephanum & alios Reos pro consequenda hereditate Iunioris Caspari von Holßheim. Et adsunt in nostro casu qualitates ad hanc actionem necessariæ, puta, quod agentes prætendunt, ad ipsos esse hereditatē delatā, id est, pertinere testato vel intestato, *iuxta l. 1. & 2. tot. tit. de pet. heredit.* Atque actores in nostro casu ab intestato, videlicet, vigore pactorum præcedentium illam petunt. Item ex parte reorum requiritur, quod possideant hereditatem titulo illo vniuersali pro herede vel poss. *l. regulariter, de petitio. heredi. &c.*

Quod Rei non diffitentur. Ergo, &c. In effectu petunt, non tam hereditatem Caspari Iunioris, quam Aui & Auiæ eius, (qui pater & mater actorum fuerunt) & hereditatem d. Caspari medii (patris iunioris) qui & suam hereditatem actoribus reseruatam voluit, minime vero bona paterna & materna a linea Stephanæ peruenientia, sed, vt dictum, Holtzheimica, quæ etiam Caspar von Holßheim medius, ne testamēto quidem in præiudicium præcedentium pactorum ad alios transferre potuisset, &c.

An probata?

Cum ad eam probandam, allegarint cōsuetudinem patriæ actores, per quam pacta eiusmodi de hereditate conseruanda valent, videndum. 1. *An tale quid consuetudinis, contra ius induci possit.* 2. *An sufficienter & legitime probata?*

Quoad primum concludit, talia † pacta valere, & consuetudine induci posse, quia non sint contra ius naturale, neque diuinum, neque inducunt occasionem peccandi, nec sunt contra bonos mores, *Inno. en Hostiens. cap. fin. extra de consuetu.* Consuetudo, quæ † est contra ius positiuū valet. *Bald. in l. de quibus, versicu. sed quaero, de LL.*

4

5

Quoad secundam quæstionem, *An consuetudo probata sit?* Præmittēdum, quod ad † consuetudinem probandam plura requiruntur.

6

1. Quod sit rationabilis, scilicet ex iustis æquis & ex certa scientia rationibus inducta.

2. Vt certo ac a iure definito tempore præscripta sit, *dict. cap. fin. & ibi DD.* Quæ duo subsistant alia requisita in hac consuetudine (suo iudicio) reperiantur.

Iura enim volunt, eam consuetudinem † rationabilem & legitimam esse, quæ iuris non sit contraria, *cap. cum Ecclesia, de caussa poss. & proprietat.* Quod vero renuntiationes iuxta hanc cōsuetudinem fieri possint, de iure dubium non est. Cum vnicuique heredi liceat renuntiare † iuri pro se introducto, *tot. tit. ff. de acquir. vel amit. heredita.* maxime si fiat in fauorē familiæ & cognationis.

7

8

Ad 2. requisitum, an videlicet legitimo tempore præscripta, tria in considerationem veniunt. 1. Quod testes de ea deponunt. 2. Quod in similibus casibus talis consuetudo sæpius obseruata fuit. 3. Vt tempus legitimum interuenerit. Circa primum adsunt testes plures electorum, principumque consiliarii ac viri nobiles, tam adiacentium, quam illius prouinciæ, in qua bona litigiosa sita sunt, qui omnes, præcipue vero 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. & 17. ex parte actoris producti ad 14. defensionalē articul. & seqq. vigore 16. interrogatorii ipsis prælecti, quod ipsimet Rei ponunt, ac eoipso fatentur, consuetudinem hanc in Episcopatu Monasteriensi obseruari, qui vno ore testantur, contenta in articulo maxime 14. ita obseruari.

Accedunt horum depositionibus generalibus quidem etiam dicta testium Reorum, qui magis in speciem eandem consuetudinem satis euidenter probant,

vt videlicet ex dicti 5. specialis interrogato. ad quintum & sequentes testes directi, ad quod interrogator. deponit quintus testis Matthens Rittershaussen / Er habe seine Heiliges Fürwardt der gestallt/ wie gefragt/ vnnd im Fragstück begrieffen/ auffgericht/ & additad 6. interrogator. Er habe erlebt/ daß inn etlichen Fällen / dergleichen Heiraths Fürwardt erledigt worden / vnnd werden seines Erachtens darumb auffgericht / daß sie gehalten werden sollen / Concordat sequens & 6. testis. Idem deponit 7. Balthasar Rauscher / was dicto modo in heiliges Fürwarten solcher gestallt verwilliget vnnd versiegelt / pflege also zwischen den vom Adel gehalten zuwerden. Huic concordat 8 testis Hartman von Edelberg / Item nonus supra dicta Interrogatoria expresse confirmat, dum ait, Er seye bey etlichen erheiligten Fürwarten gewesen / da dergleichen Innhalt deß Fragstücks casus prouidirt vnnd fürbehalten worden.

Quorum sane testium dicta, suo iudicio defendi, ac sustineri possunt. Cum quoad dictum interrogatoriũ nostrum casum decernens, ita videlicet obseruati, 9 sint omnino concordantes, suique † dicti caussam & rationẽ reddant: quia huiusmodi pactum in propriis bonis quintus testis fecerit, alii istiusmodi pactis interfuerint, easque subscripserint & sigillarint. Ideoque sufficientem, necessariam & in iure concludentem probationem faciant, *iuxta capitul. licet caussam, de probat. capi. cum causs. de testibus.*

10 Quibus cum de facto etiam proprio † deponant, tanto magis credendum est, cum testi de eo deponenti credi soleat, etiamsi contestem non habeat. Imo etiamsi alias esset minus habilis ad testimonium, *Iason. in l.. numero 65. & seq. Cod. de sum. trin.*

11 Insuper si testes plerumque sint † nobiles & probatę fidei, *de quib* Bal. *in l. testium, de testibus*, ait, paucos nobiles sufficere ad testimonium ferendum, vbi plures alii requirantur.

Nec hic obiici potest, testes deponere simpliciter ita esse consuetudinem, & sic 12 testimonium de iure saltem dicere, non † de facto, quod nullius est momenti, *iuxta Cyn. in l. 2. versicul. sed quaro, 5. Cod. qua sit longa consuetudo, &c.* Quia expresse quoque de facto, vtpote quintus de facto proprio deponunt, reliqui se interfuisse huiusmodi actibus, &c.

Ex quibus testimoniis, vt satis fuit primo dicto requisito, vt ex certa scientia introducatur consuetudo, satis colligi posse, suo iudicio putat, illam non ex errore, sed certa scientia populi esse introductam. Etsi enim non dicant, præter quintum testem talem actum, qui fouet consuetudinem factum esse talibus & talibus præsentibus. Item quod a talibus & talibus celebratus fuerit: quod iidem sint maior pars populi, quod ad † probandum consuetudinem requiritur, *iuxta Barto. in dict. leg. de quibus.* 13

Tamen id potius culpa Aduocati seu commissarii, quam testibus adscribendum, qui si interrogati fuissent, sine dubio de præsentibus & consentientibus deposuissent.

Quoniam certum est, more consueto, plures huiusmodi pactis nobiles interfuisse, quæ præsentia & multitudo satis patet, ex clausularum pactorum dotalium extracta. Ex iis videre licet, in quolibet interfuisse ad minus 8. 10. vel plures nobiles Quibus omnibus collectis ac connumeratis in totius quasi nobilitatis scientiam hanc consuetudinem venisse apparebit.

Circa secundum inuestigandum, quot actus ad introducendam † consuetudinem requirantur, vel sufficiant? In hoc DD. differentiam constituunt. Nam licet super ea plures actus necessarii sint, diuersimode tamen hoc in & extra iudicium obseruatur: quia in iudicio vnius actus sufficit, quod scilicet iudex bis pro consuetudine iudicarit, *l. cum de consuetudine, & ibi gloss. DD de LL.* 14

Extra iudicium plures & frequentes actus: quanquam duo sufficiant, concurrente tempore legitimo. Etiamsi sint actus multum celebres, qui facile in multorum notitiam peruenerint. *Bald. Iason. & alii in d. l. de quib.* In nostro autem casu plures eiusmodi actus inter nobiles, tam regionis, in qua bona sita sunt, quam adiacentium, celebratos esse, satis euidenter demonstratur in extractu clausularum pactorum dotalium lit. A. A. A. producto, ad quorum originalium productionem actores sese mediantibus compulsorialibus obtulerũt. Ex quo vere patet, plane similia pacta inter nobiles huius loci esse facta, quorum actus satis celebres, & numerus eorundem suo iudicio sufficere videtur. Quandoquidem hi actus, cum iuxta facti qualitatem & temporis diuersitatem varie accidant, iudicis arbitrio relinquuntur, qui ex his æstimabit, an consuetudo duobus pluribusue actibus perfecta dici, vt populi consensu approbata censeri debeat, quoniam horum certus numerus designatus non est. *Bart. in d. l. de quibus, vbi allegat l. quod si nolit, §. quia assidua,*

assidua, de adilit. edicto, & ibi communiter DD.

Nec obstat, si obiiciatur, hic nullum adesse actum iudicialem, & † consuetudinem absque actibus iudicialibus non induci. Nam cōtraria opinio communis est, *Socin. consi. 99. volu. 1.* quia a lege aliter non differt, quam quod illa expresso, cōsuetudo vero tacito cōsensu inducatur. Et sicut lex † expresse inducit absque actu iudiciali, sic & consuetudo. *Tusmzan. com. opi. p. 1. versi. licet aliqui fol. 52.*

Tertium requisitum, de tempore. DD. communiter concludunt, quod 10. annis præscribatur, quia recipitur diuturna † cōsuetudo. Diuturnam autem † constituitur 10. annis seu dicitur a 10. annis. *l. si cum fideicommissaria. §. Aristo. ff. Qui & ex quib. caussis manumiss.* Pacta talia & similia in Westphalia inita & consuetudine introducta ante plures annos, quam de iure requiritur, eoque in viridi esse obseruantia ibidem, extractus clausularum pactorum dotalium *nu. 95.* producta ostendunt.

His ita præmissis, & probata consuetudine, videndum, an partes rite & eo modo contraxerint, quo illis intentata actio secundum illam consuetudinem competat? Et quoniam illud in pactis allegatis cōsuetudinis consistit, videndum quid vtraque pars præstiterit? Et primo se offert, pactum nec non transfixum inter Balthasarum & Dorotheam von Holtzheim / quod quidem duas clausulas reseruatorias comprehendit. 1. Retinendarum hereditatum collateralium. 2. Paternorum & maternorum bonorum.

Tertio loco principaliter allegant actores ad fundandam suam intentionem pactum dotale, inter Ream Stephanam, & Casparum von Holtzheim. Ex quo apparet expresse dispositio super bonis & hereditate litigiosa, &c. 1. Probatur illud pactum per instrumētum productum. 2. Per consensum, qui vtrinque interuenit. Consensus Stephanæ variis modis probari potest. Constat, illam ista pacta rata habuisse, constante & soluto matrimonio. Constante matrimonio constat Ream consensisse ex ipsius renuntiatione facta in fauorem fratrum deß Stammens Weiß Kirchen. Iam post matrimonium contractum anno elapso, vbi fit mentio pactorum inter Casparum von Holtzheim / & ipsam initorum, quorum etiam initium & finis inseritur, his porro verbis adiectis, videlicet, iam dicta pacta dotalia von jhnen beyden Eheleuten Caspar von Holtzheim angenommen / vnnd bewilligt / Item daß auff beyde Seiten ihre Freundtschafft deß Heurahts Guts zu bringen / vnnd wie der Fall halben mit der Eheleut Bewilligung gepflogener Vnderhandelung / der Heuraths Verschreibung auffgericht.

Secundo probatur cōsensus ex eo, quod Rea iam vigore dd. pactorum acceperit auream catenam, quæ pars fuit sponsaliorum & pacti, quæ cum in vno † approbarit, in reliquis stare iisdem tenetur.

Tertio, quod Rea dicta pacta semper in custodia habuerit, manuque propria scripserit, daß dieses jhre vnd jhres Haußwirts Eheberedung seye / soluto matrimonio in eodem consensu perseuerauit.

1. Quod idipsum instrumentum tradidit Christophoro von Stahl / & sic approbauit. Nam iuris, quod † instrumentum contractus alicui tradens, id approbasse censeatur.

2. Consensus apparet ex concepto lit. G. signato 5. Martii Anno, &c. 73. iudicialiter producto: quod conceptum Rea in aliquibus locis emendauit: cui concepto pactum dotale inter ipsam & maritum est insertum.

3. Quod Rea post obitum mariti anno & medio lapso renuntiationem Catharinæ sollicitauit & in propria persona iudicialiter comparuit.

4. Quia post obitum mariti dotem recepit, eamque Archiepiscopo Coloniensi pro pensione annua dedit: literas summam dotis ipsi assignatæ continentes accepit sub cautione, suo tempore heredibus domus Holtzhemicæ sese restituturam promittens.

Sed posito, nullum omnino consensum Reæ adesse, tamen putat, quod non sit necessarius, cum ex extractu clausularum appareat, sponsas nullibi præsentes fuisse in pactis dotalibus, & sic propter consuetudinem Germaniæ non fuisse necessarium.

Resolutio obiectorum a Reis oppositorum.

PRimo opponitur, quod hic simus in pactis futuræ successionis: sed pacta de ista disponentia debent non valere.

Secundo, dispositionem esse factam de iure Tertii scilicet Iunioris Caspari von Holtzheim non consentientis, neque scientis, quod similiter de iure sit illicitum, cum is non aliter, quam per fideicommissum vel substitutionem pupillarem grauari potuerit.

Tertio posito, quod ista dispositio aliquo modo procedat, tamen ad minus legitima filio conseruari & consequenter ad Ream matrem transmitti debuisset. Quan-

doquidem mater nec volens successionem filii de futuro repudiare potuerit.

Quoad primā obiectionem, videtur iuxta hanc quæstionem bona litigiosa Reis competere: quia actorum intentio solum fundatur in pactis; quibus induci videtur successionis modus, quod per pactum priuati hominis † de iure fieri non potest. Iuris enim est, hereditates † pactis non dari. *l. pactum. l. hereditas. Cod. de pact.* adeo vt † pactum de futura successione, stipulatione vallatum, nullam producat actionem, nulliusque momenti sit. *l. stipul. hoc modo concepta, de V. O. & ibi DD.*

Ratio huius triplex assignari potest. Vna, quia successiones per iuris modos, non pactis dari solent. 2. Quia inducit votum captandæ mortis. 3. Quia aufert liberam testandi facultatem, & ita velut contra bonos mores pactum dicitur, *DD. communiter locis citatis.* Quod procedit etiam in pactis dotalibus. Nam si † sponsus & sponsæ super hereditate & futura successione disponerent, talis dispositio vitiaretur. *Tiraquel. de iure primogen. cap. 6.*

His tamen non attentis probat, pactum nostrum de iure communi & consuetudinario esse licitum.

De iure communi, quoniam hic versamur in pacto, cuius vi, hereditas reseruatur. Conuenerunt namque coniuges, vt marito prædefuncto sua parte permanente seu durante ad certum tempus, in tempus specificatū, bona ab ipsis linea Holtzhemica prouenientia penes actores manerent, iisque reseruanda essent: contra vero vxor certam summam pecuniæ, aliaque bona eidem designata caperet: quod quidem † pactum lege est receptum & approbatum, *§. final. Institut. de legit. agnat. success. Barto. in l. fin. numero 2 ff. de pact.* vbi inquit:

Quando quis vigore iuris a successione excluditur, & testamento facto succedere nihilominus potest pacto conuento idem effici posse, tam eo tempore, quo primum afficerentur, quam post testamento actoribus relinquere potuisset. Ergo simili modo per pactum iis eadem reseruare potuit.

Ideo non obstant supra ratione pactorum dotalium in contrarium adducta: & patent solutiones per Grassum in suis communibus opinion. *in verb. successio,* qui limitat ea duobus modis, scilicet, locum ea non habere, si conuentum sit non de vniuersa hereditate. Item si fiat de successione reseruanda. Mox ibi subiungit, *Hodie de consuetudine Germaniæ, contrarium † obseruari quod scilicet in pactis dotalibus conuenitur de successione acquirenda indistincte,* vbi allegat. Zas. *in l. stipulatio hoc modo ff. de V. O.* dicentem, durum esse in Germania contrarium obtinere. Et addit Grassus, se existimare eiusmodi conuentiones † de successionibus in pactis dotalibus sustineri in vim vltimæ voluntatis, si saltem quinque testes interuenerint, *argumento l. vbi ita donatur, de donat.* Deinde † valere hoc pactum reseruandæ hereditatis in pactis dotalibus docet Zas. *in d. l. nu. 99. de V. O.* dicens, hoc modo posse saluari omnia pacta dotalia Germaniæ.

Nec obstat, si obiiciatur, nos hic versari non in pacto retinendæ, sed potius amittendæ hereditatis, cum mater amittat hereditatem filii: & ita exemplum Zasii huc accommodari non posse, &c. cum Zasius nullam mentionem faciat liberorum, &c. Quia respondeo, cum paciscens maritus tempore initorum pactorum priniorum liberam bonorum administrationem habuit, & secundum supra allegata & per testamentum bona sua in actores transferre potuit: non videt, cur non in posteriore pacto, maxime cum dispositio facta sit de bonis affectis, bona iam ante reseruata, denuo suam intentionem declarando, reseruare actoribus potuerit, ad instar testamentariæ dispositionis, quæ & in contractibus, vt infra patebit, locum habet.

Nec videt dissimilitudinem inter illa pacta. Etsi enim ibi in Zasio mentio liberorum nō fiat, tamen adest par ratio. Nam si dicamus in casu nostro simul esse annexum pactum de non succedendo, elici etiam potest ex pacto Zasii. Certum enim est, illa pacta fieri tantum in locis, vbi de consuetudine vxor succedit marito, & econtra, vt id pacto præueniatur, cum alias frustraneum esset pactum desuper fieri. Quare si vxor successionem, quæ iure consuetudinario ei competit, per pactum iuxta Zasium remittere potest, putat etiam in casu nostro Ream tum temporis super iure non succedendi, quod illi nondum competebat, & in vario dubio euentu positum erat pacisci, ac eidem renuntiari potuisse.

Insuper pactum † factum in consequentiam priorum pactorum de iure approbatur, iuxta communem opin. Grassi. *verb. successio, §. successio. qui 9. numero 25.* vbi in hunc modum quærit: *Quod si fiat pactum de succedendo in consequentiam præcedentium dispositionum, vel contractus præcedentis, ex quo contingeret aliquam hereditatem*

reditatem obuenire, quæ esset restituenda, nunquid valebit? Resp. Quod sic. Et dicit ita tenere *Bart. in l. g. f. C. de pactis, quem DD. communiter sequuntur. iuxta Dec. ibi num. 21. in glos. verborum pacif. pacisc. Viuius com. opin. libro primo. verb. pactum. numer. 2.* Verum ex actis constat, mens ac intentio Caspars von Holtzheim Medii, quod in prioribus pacti bona Holtzhemica sororibus, eorumque heredibus in totum reseruare. In posterioribus vero, pacto cum Stephana Rea nihil aliud agere, nisi suam intentionem, eo ipso reiterare seu declarare, & iuxta pacta priora disponere voluerit. Ergo cum in consequentiam priorum omnia facta, & declaratio saltem subsecuta sit, secundum iam allegatam opinionem DD. hoc pactum subsistere debet, cum sit expressi iuris, quod † declarans nihil de nouo faciat, sed iam factum aperiat. *text. in leg. hereditas palam, §. sed etsi notam. ff. de testament.* Deinde id videtur etiam valere, ratione reciprocæ & vicissitudinariæ † conuentionis, quæ in iure est fundata, *iuxta com. opin. Viuii in verb. pactum. num. 8. Graß. d. loco q. 9. num. 11.*

29

30

31 Valet etiam pactum † de bonis præsentibus saltem & non de futuris, vel si non fiat super omnibus bonis. *Graff. supra dict. loco,* vbi assignat rationem, quia eo casu non tollitur libera disponendi facultas, nec pacto heredit*as* datur, quia superest, de quo potest permittere testari. Et ita dicit esse de mente Bar. *in dict. leg. stipulatio, hoc modo, Paris. consil. 26 numer. 117.* Verum constat ex actis, Casparum Medium paciscentem tam in prioribus, quam in posteriore pacto cum Rea inito sibi aliquid reseruasse. In prioribus, pacto nimirum Catharinæ, cum Adolph Grünholtz, vbi prius reseruato sororibus regressu ad domum Holtzhemicam hæc verba subiunguntur, jedoch vorbehalten/ daß Caspar von Holtzheim seine angeworbene Güter / die jhme nicht von Vatter vnnd Mutter anererbt/ ꝛc. in posteriore pacto iam reseruata bona in suo vigore reliquit, & adhuc illi liberam administrationem reseruat, repetendo reseruata in priore pacto, ibi vorbehältlich den von Holtzheim daselb seines Gefallen zuverweissen / gleich sein ander Erb/vnd angewunnene Güter.

32 Adhæc, pactum † illud firmari posse videtur, propter incertum euentum, in quem erat collatum, videlicet an filius Caspar Iunior nasciturus esset, vel non: vel eo nato an esset mansurus vsque ad certam ætatem, *per tex. leg. fide commissa, vbi Castrens. Alex. & alii. Cod. de Transact.* Quia pactum de hereditate † certi hominis in specie, est iure vetitum, incerti est in genere permissum, *Viuius. Com. p. verb. pactum. § 1. num. 10.* Item † valet pactum, nec restitutio in integrum datur etiam minori tamquam læso: si ex actu vel conuentione potest quis percipere vtilitatem, sicut & damnum. *Castr. dict. loc.* Sed certum est, quod Caspar Iunior, si vixisset, maximam vtilitatem, totamque domum Holtzhemicam accepisset. Ergo subsistere videtur pactum.

33

34

Vltimo si is, † qui paciscitur, tantum accepit, quantum ei debetur, contra pactum venire non potest. Communem dicit Dec. *in leg. pactum numer. 6. Cod. de coll. at. Zas. in dict. leg. stipulatio hoc modo, num. 25 argumento leg. 1 §. si parens si quis a patre manumiss. refert Graff. supra dict. loc quæst. 10.* Ex his putat de iure & communi DD. opinione actorum intentionem esse probatam, cum in veritate hoc pactum aliter describi non possit, quam pactum † reseruandæ hereditatis, quod sine iuramento, vt ex consuetudine etiam valet. Nam quod attinet ad iuramentum, per illud confirmatur pactum amittendæ hereditatis, quod dum consuetudo roborat. Sed posito, quod esset pactum amittendæ hereditatis, tamen illud etiam subsistere iuri commune posset sine iuramento ac debitis solemnitatibus, quæ alias requiruntur. Constat † de iure, illud sine iuramento inutile esse, & debet aliquod loco legitimæ dotis alimentum dari, &c. *DD. in c. quamuis,* nec illa in totum tolli potest.

35

36

37

Verum cum nos hic simus in alio & diuerso pacto, quam, de quo supra dictum est, ac simus in successione ascendentis matris, scilicet, quæ excluditur † a successione filii, non putat prædictas solemnitates requiri.

38

I. Ex ea ratione, quia ascendentibus † alimenta de iure naturali non ita debentur, sicut descendentibus. *secundum Bal. in dict. l. 1. q. vlt. & cons. 336. præmittendum est. vol. 1.*

39

II. Cum maior ratio foueat † filium in bonis parentum, quam parentes in bonis filii, *Corneus cons. 150.* Et deinde alias † successio non sit ita debita ascendentibus, sicut descendentibus. *per l. non etsi a parentib. de inoff. test. l. scripto. vnde liber.* Ex quibus putat, referri posse, cum in nostro pacto, supra dotem & alimenta, congruentem summam pecuniæ, consuetudo, nec non variis modis postea ratificando id pactum, acceperit, aliaque illa reseruata fuerint, eam conuenire huic pacto minime posse, ac reseruationem hanc esse loco legitimæ, quæ ipsi alias iuxta prædicta

40

41

omnino non debere, maxime accedente rationabili caussa, vt in nostro pacto, cum alias in statuto mater ob aliquam † ratio- 42 nabilem caussam sua dote, ac etiam legitima in totum priuari possit. *Cart. Iun consil. 101. per tot quem allegat Brunus tr. de stat. & success. filiar. act. 1. q n. 20.*

Secundo firmamus etiam consuetudine pactum amittendæ hereditatis, si tale esset, propter quod huiusmodi pacta valent 43 per supra deducta. Cōsuetudine † hoc posse induci probatur ex identitate, quam ha- 44 bet cum statuto. Imo & statuto & † consuetudini attribui potest, vt bona maneant in familia. *DD. communiter. leg. si quis posthumus. §. si filius. ff. de lib. & posth.* Sed in statutis potest id fieri, *iuxta Bald. & Salyc. in l. 2. C. de in ius vocando.* Ergo etiam consuetudine, argumento a maiore ad minus, cum nostro casu agatur de bonis filii iam antea affectis, nulloque iure matri competentibus, ibi vero in statuto nimirum de bonis patrimonialibus iure naturæ debitis.

45 Nec obstat obiectio, dispositionem † de iure tertii esse inualidam. Nam respondet & loco solutionis repetit, I. supra adducta de consuetudine, quod videl. ea extendatur etiam in eum casum, quo matres filiis succedere possent, & tamen per illam excluduntur. Ex quo apparet, de iure tertii dispositionem fieri posse.

II. Non valet propter dissimilitudinem, cum quis possit pacisci de bonis cum conditione, si sine prole decesserit, cur non idem etiam sub conditione si sine prole permanente, seu prole decedente, in pupillari ætate, & ita quasi substituere possit, cū par in vtrisque sit ratio & potentia, & vtraque clausula vim pupillaris substitutio- 46 nis habeat. Quemadmodum † in cōtractu matrimonii heredis institutio fieri possit, ita etiam substitutionibus in contractibus inter viuos locus esse potest. *Ant. Cont. in l. pactum, quod dotali. C de collat. Cranet. consil. 19. leg. 1. num. 8.* vbi dicit in contractibus substitutionem fieri posse. *Couarr. libr. 1. variar. resolut. c. 3. l. in heredibus, de legat. 2. Cast. cons. 347. lib. 1.* Quemadmodum iuxta Cranettam, donatarius purificata conditione substitutionis, rei vindicatione ad bona sibi donata agere potest: sic etiam putat actores in casu nostro bona Holzhemica per substitutionis modum ipsis reseruata petere posse.

Non obstat etiam tertio loco, quod de legitima dubitari potest. Etsi enim videtur eam onerari non potuisse: vulgatum enim 47 est, legitimam † post mortem patris pleno iure deberi, *auth. nouissima. Cod. de inoff.* Et si legitima relicta sit cum grauamine, illud ipso iure tolli ac reiici, ac si appositum non esset. *l. quoniam in prioribus. C. d. tit.* His nō obstantibus, putat contrarium, scilic. legitimam per patrem onerari potuisse. Simili modo in pupillari substitutione a legitima filii onus non reiicitur, *ita tenet Bart. in glos. d. l. quoniam in prioribus. C. d. tit.* quia hæc substitutio non onus seu grauamen, sed potius commoditatem & vtilitatem filii inducere videtur. Quia † grauamen vel con- 48 ditio apposita in fauorem ipsius filii, & cōmodum, nunquam reiicitur, imo valet, *Anton. Gab. conclus. 1. num. 20. tit. de legitima.* Iam in nostro casu filius nullum grauamen, sed magis commodum, videl. totam domū Holzhemicam sensit. Ergo, &c. Non obstat, si dicatur, in nostra caussa non adesse vltimam voluntatem, sed pactum tantum seu contractum inter viuos factum, quia respondeo, etiam per contractum filii legitimam onerari posse, per patrem, vt pulcre distinguit Grassus *comm. opin. ver b. legitima. quæst. 44. Picus in leg. post contractum. de donat.*

Ad prædicta omnia facit transactio, ex qua patet, priora omnia esse confirmata: vti patet ex verbis eius, lit. C. Ad compulsoriales prius emanatas, producta est ista trāsactio.

Ex quibus non obstare putat, quod a Rea obiicitur, transactionem esse factam sine ipsius vel filii consensu: quia quod ad filium attinet, ille defectus suppletur præsentia & auctoritate tutorum. Consensus vero est scientiæ Reæ Stephanæ matris, quamuis in iam d. transactione inter Stephanum, & Theines von Holtzheim/ & tutores iunioris Caspars von Holtzheims in præsentia Episcopi Monasteriensis facta. Anno, 1558. 15. Martii. In qua transactione inter alia prouisum, daß Stephana durch sich selbst/ oder die jhre auff den 25. deß Monats als solch Hauß Holtzheim/ vnd anders/ in massen/ als vorhin vertragen/ vnnd vberkommen / obgenanten Vormundern oder jhren vollmächtigen / gegen Zustellung deß vorgenanten Inuentari, sölle einraummen vnd vberliefern/ wie auch innwendig derselben Zeit die Verträg / so auff dem Hauß Holtzheim/ zwischen Frauwen Stephanam/ jrem Ehegemahl vnd den Vormundern auffgericht / ingrossiert/ vnd einem jeden versiegelt/ gehandtreicht sollen werden. Sigillarunt Episcopus & partes, &c.

Ex hac transactione confirmatur illa prior, lit. C. producta, de qua ante, & sic consequenter pactum nostrum declaratur. Consensus Stephanæ videtur etiam confirmari per vltimam voluntatem Caspari medii (mariti prioris ipsius Reæ) quæ etsi a Rea

a Rea impugnatur tanquam inualida, tamen eandem ad confirmationem dictorũ pactorum prius initorum sufficere putat. Quia Rea illam per plures actus approbauit, vigore eiusdem voluntatis legata aliqua exsoluendo: vt patet per ipsius confessionẽ, ad 41.42.&43.& 45. positionales, vbi cõfitetur, quod vigore iam dictæ voluntatis exsecutores ad se postularit, iisdem eandẽ voluntatem vltimam sui mariti præsentarit, tradiderit, exsecutionemque semper flagitarit. Adhoc dictum, vltima voluntas non solum a parte aduersa, verum etiam ab Episcopo Monasteriensi nuncupata est. Ex his infert cum aliqua approbatit in testamento, quod reliqua, quæ contra ipsam sint, improbare non possit.

Nec obstat, quod a Reis hic obiicitur, 49 ex testamento hereditatẽ † neminem consequi posse, nisi qui in eo heres institutus sit. Sed in dicto testamento actores nullo heredũ nomine honoratos esse. Ergo & heredes esse non posse. Respondet enim actorum intentionem non esse, quod velint hereditatẽ ex illo capite petere: verum ea saltẽ demonstrare, ꝙ Caspar von Holtzheim medius, constantẽ secũ habuit voluntatẽ conseruandæ domus Holtzhemicæ in familia, & quod in ea ad extremũ vitæ spiritũ perseuerauit. Inde sequitur, etsi priora facta tanquã dubia & incerta aliquo modo impugnari possent, tamen iã pro firmis habẽda *l. 3. C de lib. præt.* Nec est verisimile, ꝙ Rea prætendit, se contẽta ignorare. Ideoq; ignorantiam ei non obesse, cum contrariũ colligatur, ex s. dictis actibus, quib. vltimæ voluntati Rea acquieuit, soluendo legata.

Nihil quoq; ad rem facit, quod a parte aduersa adductũ, si dicta vltima voluntate voluisset testator bona litigiosa actorib. relinquere: Quod vel vnico verbo potuisset filio, si sine liberis moreretur substituere: sed quia cognatos vlterioris gradus, scil. actores exiguo legato tantum honorarit, eo ipso significasse, se nolle illos aliud ex sua dispositione, quam illud legatum consequi, reseruato saltem eo, quod illis ab intestato obuenire posset. Nam respondet huic voluntati clausulam principalem insertã, quæ actoribus bona litigiosa tribuit, omitti, quia etiam tacite instituti videntur, cuius clausulæ verba sunt, item meiner lieben Haußfrawen heiligs Fürwarten sollen in jhren Wircken vnverschret bleiben/ꝛc.

Ex his omnibus, cum in primis certum 50 sit, verbum, bleiben † in nostro casu habere tractum successiuum, & denotare perseuerantiam, eamq; interpretationẽ ex iure præiudicio clausulæ, & expressa voluntate contrahentium procedere. Deinde Caspa-rum von Holtzheim medium hũc testatum voluisse d. verbum, bleiben / extendere eousq;, quousq; liberi eius ad matrimonium essent habiles, & si ante id tempus morerẽtur, bona litigiosa ad actores reuerti, quandoquidem reseruatio, tam ex priorib. pactis cum sororibus, quam posteriori cum vxore Rea initis colligi potest, & insuper illa conditio purificata sit, necessario, ad actores bona litigiosa redibunt. Nec eum mouet, quod contra posterius pactum solet obiici, illud esse contra bonos mores, cum pactis hereditas non detur, &c. Quia si recte perpendamus, videmus, quod in eo durarit prior voluntas, vt videl. bona Holtzhemica, & ex iis prouenientia iã antea reseruata, ad actores reuertantur, matri vicissim vna cũ dote ex iisdem bonis certa summa pecuniæ, aliaq; bona mobilia reddãtur, matri tamen reseruata in bonis, ante non affectis, libera administratione, ideo vt suo iudicio non sapiat dispositionem omnium bonorum, nec præsentium & futurorum simul, & sit potius factum in consequentiã priorum pactorum, & Rea tantum, vel etiam plus acceperit, quam ei debebatur: quę quidem pacta de iure approbantur.

Nec eũ mouet, quod ratione Reæ consensus secundo loco fuit obiectus, &c. Posito .n. quod necessarius fuisset, vti nõ putat, tamen, *vt supr. deductũ* eũ tam constante, q̃ soluto matrimonio esse adhibitũ constat, maxime ex ratificatione d. vlt. voluntatis mariti. Sed insuper etiam Episcopus Monasteriensis suũ consensum & auctoritatẽ adhibuit, ita vt omnia solemniter gesta de iure & æquitate præsumantur. Cum itaq; his quoq; accedat consuetudo, eaq; satis probata sit, iuxta petitionẽ actorũ, pronuntiãdum fore, existimat, adiudicando ipsis bona omnia a Casparo Iuniore relicta vna cum fructibus perceptis & percipiendis a tempore litis cœptæ. &c. Quoad fructus, quo minus isti debeantur, non obstant in contrarium adducta, cum in pactis cautum esse reperiatur, quod Rea exsistente casu, quo ipsa 3000. aureorũ contenta esse debuerat, tunc demum bona Holtzhemica heredib. permittere debere, cũ prætacta 3000. eidẽ prius essent ab heredib. soluta. Posito ergo, ꝙ petitio in principali haberet locũ, tamẽ cum pactũ a sua parte actores nõ impleuerunt, Reũ & Reã bona litigiosa ex cõuentione, retinere posse, donec præfata summa fuerit soluta. His siquidẽ respõdet, culpam, quo minus cõtractus fuerit impletus, potius Reis, quã actorib. fuisse adscribendã. Quãdo .n. actor est paratus contractũ adimplere ac soluere, Reus vero cum similiter posset, id recusat, tunc culpa seu mora

Reo, non actori imputari debet, & venit interesse actoris, *iux. Castr. in l. arb. trarta, de eo, quod certo loco. num. 7.* Sed certum est, actores non fuisse in mora, sed semper paratos obtulisse pecuniam. Ergo nulla mora illis imputanda. Et posito, quod actores in mora fuissent, tamen lis nihil obesse: quia Reis similiter in ea existentibus, tunc vna mora cum alia compensaretur, 51 *iuxta Castr. d. loco.* Mora † enim non inspicitur, cum debitor & creditor est in mora. *l. si & per emtorem, de act. emt.* Sed Reus per interpellationem in mora esse constat. Er- 52 go, &c. Sufficit † namque sola interpellatio ad constituendum quem in mora. maxime quando fructus iure actionis veniunt, vt in casu nostro. *l. si ex legati ratione, de verbor. obligat. Castr. in l. cum postulasset. num. 2. de dam. infect.* Quod procedit, etsi interpellatio fiat extra iudicium, *iux. leg qui Rime, §. coheredes d. tit. 2.* Moram ex parte actorum commissam in deponenda pecunia non esse, inde apparet: quoniam si ab ipsis petita, nec vicissim bona litigiosa oblata fuissent, per exceptionem Reos repellere lu- 53 cuisset. Non est in mora † a quo pecunia propter exceptionem peti non potest, *l. lecta, § sed cum sortis si cert. pet.*

Tertio, etiamsi solutio nulla ab actori- 54 bus facta sit, tamen in † mora ipsos esse, dici non potest, quia res in iudicium ducta, *iuxta leg. si quis solutione, in princ. de vsufruct.*

55 Quarto. Oblatio † sola verbalis efficit, vt quis non constituatur in mora *per l. illud. ff. de peri. ut. & commod. rei vend.* Quia cessat caussa, propter quam fructuum cursus intentionem Reorum deberet impedire, 56 ideoq; ea cessante † cessat effectus, *Ang. d. l. lecta.* Sed posito, quod mora sit commissa, tamen nihil obstare, cum oblatione opus non fuerit: & quaestio illa adhuc non moueri, sed demum locum habere possit, sententia iam lata: quia certum est, huiusmodi fructus competere iure actionis, qui iam probata actione, ac decisa caussa veniunt, maxime vero, quia rei tum eo animo bona Holtzhemica occuparint, ac si ipsimet heredes essent, iuxta quod solutionem sibi ipsis facere debuissent: qua de caussa nulla oblatione seu depositione opus fuit. Cum autem eo ipso, pecunia illa cum hereditate erat confusa, ex his concludit, fructus actoribus esse adiudicandos. Et quod debeantur a tempore litis coeptae, probatur, quia in petitione heredit. per solam motio- 57 nem controuersiae, quae fit extra † iudicium, constituitur quis in mala fide, & res efficitur litigiosa *per l. diuus, de petit. hereditatis. Paris. de Castr. in l. si fundum Cod. de rei vind.* Quodque † debeantur tam percepti, 58 quam percipiendi facit *l. litigator. C. de fructibus & lit. expens.* Fructus namque † au- 59 gent hereditatem, cum ab eo possidentur, a quo peti potest hereditas. *l. non est ambiguũ. fam. ercisc.* Et post moram in bonae fidei iudicus omnes accessiones, † fructus & com- 60 moda veniunt. *l. cum fundus in pr. si cert. pet.* Accedit, quod fructus † & interesse in hoc 61 petitionis hereditatis iudicio iure actionis, non officio iudicis veniunt. *l. item. 22. §. fructus, vbi glos. l. sed etsi lege. §. 3. de petit. hereditatis.* Actores id, quod ratione pacti dotalis reis debetur obtulisse, constat ex Schedula memoriali comprehensa in verschlossenen Documenten. &c.

Iam oritur quaestio in puncto interuentionis, *an † mater a filii successione propter re-* 62 *nuntiationem pacto exclusa, censeatur etiam excludisse filia illius, soror vterina defuncti?*

Et videtur inprimis † sororem vterinam 63 actores tanquam remotiores gradu praecedere, & in petenda hereditate fraterna potiorem esse, *iux. auth. post fratres. & l. 1. C. de legit. hereditate.* Et quod in nostro casu, etiã dato, quod mater esset exclusa, filia tamen excludi non debeat, videtur probari posse. I. Ex eo exemplo, quando mater secundo † nubens, filio & filia relictis impuberibus, 64 tutorem non petens, mortuo filio ab eius successione excluditur, filia propterea a fratris successione non excluditur. Et sic a simili videtur, in nostro casu, matre exclusa filiam non excludi. II. Quia iuris est, pactum † exclusiuum ad heredes non exten- 65 di, nec matre renuntiante aut ius suum remittente, eius liberi illud remisisse praesumuntur: quia ex sua persona ius integrum manet, quod a matre non acceperint *Bar. in l qui superstites. num. 2. de acquir. hereditate.* Quib. tamen, aliisque, quae pro opinione illa adduci possent, non obstantibus censet, filiae nullum ius, quoad bona litigiosa competere. Quia filia aut vult venire ex persona matris, & non potest: quia mater pacto est exclusa: aut vult venire ex propria persona, tanquam soror defuncti, & vna cum matre in hereditatem fratris succedere: sed nec id locum habet, *iuxta auth. de hereditate ab intestato. veni. §. consequens.* Licet † enim quidam DD. in ea sint opinione, 66 quod vno tantum latere coniuncti fratres & sorores, vna cum parentibus ab intest. defuncto succedere possint, *iuxta l. si quis qu bus. C. ad Tertull. in pr. vers. sola cognationis iura habente, &c.* vbi dicitur, quod frater ex vno latere tantum admittitur cum matre, & sic cum ascendentibus. Tamen contra hanc opinionem alii textus & DD. communis sententia militat: qui dicunt,

hunc

hunc textum hodie esse correctum, & requiri vtrunq; vinculum ad hoc, vt fratres & sorores admittantur cum ascendentibus. *Matthesitan. in tr. de success. ab intest. 1. articul. principali. n. 10.* Deinde etiam defuncta matre, filia in l. cum eius non succederet: imo excluderetur sicut mater: & quia fauor

67 propter quem † pactū est initū, durat mortua matre, sicut ea viua, *vt probatur in l. qui iure militari, cum l. seq. de testam. milit.* Et licet ex ea parte, qua pactum excludit matrē, nō contineatur filia, tamen ex ea parte, qua reliqui vocantur, excludetur *per l. quod in v. §. si quis post, de legat.* 1. vbi, quod ad vnū applicatur, alteri remouetur. Facit ad hoc, quia persona, quæ excluditur, nunquā est caussa fauoris, sed illa, quæ includitur. Vnde illa inclusa tanquā principaliter debet attendi, *argum. l. sed etsi. §. fin. de in ius vocando.* Et est melior textus de iure *secundum Bal. & ibi Castr. in l. si defunctus. C. de suis & legit.* Vbi patet, quod illi, quorū cōmodo fit aliorum exclusio, videtur vocari, quāuis aliter hoc nō exprimatur. Hanc quæst. & diffuse examinat, B. I. *in l maximū vitium, 1. & 2. col. C. de lib. prater.* vbi eam cōprobat etiam aliis fundamentis: quia nō debet melioris cōdi-

68 tionis esse † filia, quā ipsa mater, *arg. l. si viua matre. C. de bonis maternis.* Item quod statu-

69 itur in caussa proxima, censeatur † statutum, in caussa remota, quæ ex illa descendit, *Cast. cons. 418. in cap. quod ista mater. Bal in l. sumus in pr. & vlt q. C. de inoff. test. I. è consi. 296. circa secundum quæsitū,* vbi ponit regu-

70 lam, quod vbicunq; † excluditur aliquis fauore alicuius, tunc sequentes in gradu intelliguntur exclusi. Et quoniam iam dicta locum habent, quando aliquo modo dubitatur de mente statuentiū & contrahentiū, multo magis in nostro casu ea procedere debent, vbi sumus in casu plano & claro, & expressa contrahentiū voluntate. Nec obstant in contrariū adducta, quia diuersa sint a casu nostro. Ibi enim mater nō excluditur fauore alterius, sed propter suā culpā, quia scil. liberis tutores intra legitimū tempus nō petiit, in quo casu matris culpa filio nocere non potest. Quando enim nō propter

71 alterius fauorē, sed propter mortem, † repudiationē, delictum, vel ingratitudinem quis excluderetur, tunc sequens in gradu succederet, *auth. cessante. C. de legit. heredib. §. sui autem, cum seq. vers. illud palam, Inst. de heredibus ab intest. & leg. si quis filium. C. de inoff. test.* Ex his patet, matre per pactum exclusa, filiam quoque excludi.

Sententia.

In Sachen Balthasar vom Schaf/ Klägers / wieder Weylandt Theines von Holtzheim/ jetzo dessen Erben/ curatores vnd Consorten/ Beklagte Anderstheils/ ist allem Fürbringen nach zu Recht erkant/ dz gedachter Kläger Weylandt Caspar von Holtzheim/ deß jüngern Rechter Erbe / auch die Beklagte / dero in actis angezogen Heuradtsverschreibung zugeleben/ vnd derhalben jme Klägern das Hauß Holtzheim / sampt dessen zu/ vnd angehöre/ auch gantzer Verlassenschafft/ so viel zu jhren Händen kommen/ ausserhalb was jhr vermöge berürter Heuraths Verschreibung gebüret/ sampt dero vō Zeit an ermelts Caspar von Holtzheim Absterben / davon auffgehabenen Nutzungen/ oder so davon auffgehaben hetten werden mögen/ einzuantworten vñ zuzustellen schuldig seyn / darzu wir sie denn hiemit condemniren vnd verdammen / die Gerichtskosten derwegen auffgelauffen / auß bewegenden Vrsachen, &c. Ferner vnd inter easdem in puncto interventionis in specie Catharin von Holtzheim Curatorn/ ad litem in actis erneunt/ pro interesse belangend / ist gleichfals allem Fürbringen nach zu Recht erkant/ daß die beklagte von angestelter Interuentionklag zu absoluieren vnnd zuerledigen seye / als wir sie hiemit absoluiern vñ erledigen/ compensatis expensis, &c.

Votum II. Correferentis.

Iurisdictio fundatur ex denegata & protogata iustitia, für Thalū im Stifft Münster/ vt patet ex instrumento denegatæ iustitiæ, n. 3. Anno. 62. 16. Augusti hic in Camera iudicialiter producto, *Gail. obs. 28 nu 1. & 2. lib. 1.* Procuratoria iusta. Morte enim domini Palmbaums nobis nullum præbetur impedimentum, quo minus diffinitiue pronuntiare possimus, cum is post conclusionem diffinitiuam mortuus sit, recessu visitat. de Anno. 78. §. vnd demnach/ &c. cū seq.

Quæ actio instituta?

72 AD cognoscendum genus † actionis conclusio, non narratio libelli dil genter attendi debet, *Ias. in §. omnium, nu. 130. Inst. de actionib. Schneidew. ibid. nu. 76. si voluntatem. vbi Bal. C. de resc. vendit. quē Dec. allegat in c. fin. C. de probat. Bar. in l. certi condictio. num. 2. si cert. petat,* inquiens actionū diuersitatem ex medio concludendi cognosci.

Iam inspecta petitione libelli apparet, actores duo petere. I. Se declarari heredes Caspars von Holtzheim Iunioris. II. Reos condemnari ad restitutionem rerū hereditariarum cum fructibus perceptis & percipiendis. Atque hanc formulam petitioni hereditatis proprie conuenire attestatur, Ias. *in dict. §. omnium numero quarto.* addens hanc restitutionem rerum heredita-

quando illud venit ex natura contractus liciti præambuli. *leg. si quis seruum 24. de act. emt. Iaf. in dict. leg. final. numero 7. lim. 6. Cod. de pact. Boer. consilio 50. numero 8.*

Quarto præmitto maiorem esse rationem in bonis parentum, quam in bonis filiorum. Nec enim successio ita † debita est ascendentibus, quam descendentibus, *leg. nam etsi parentibus, de inoffic. testam. leg. scripto, ff. unde lib.* Non enim ita debetur † patri filii hereditas, sicut filio hereditas paterna. *glos. in leg. pactum dotale, in verb. improbatur. Cod. de collat. l. 1. §. si parens, & ibi glos. verb. repellitur, ff. si a parente quis fuerit manumiss.* sic † statutum excindens fœminas ascendentes a successione liberorum ascendentium valet, & minus dubie procedit, cum ascendentibus de iure naturali alimenta non debeantur, *Brunus in tract. statut. fœminas exclud. &c. prin. artic. 1. numer. 22. 23.*

88

89

90

His sic pro declaratione præmissis, ad probationem intentionis actorum accedam, ad quam probandam varia ab ipsis producuntur documenta, inter reliqua quinque pacta dotalia, eaque triplicia: inprimis autem illa inter Casparum von Holtzheim medium patrem scilicet Iunioris, & maritum Reæ Stephanæ, & Stephanam eius vxorem Ream nostram de Anno 1550. 5. Febr. confecta. Ex quibus primo apparet, d. Casparum Medium de præsentibus tantum non de futuris, item de certis quibusdam bonis, non de vniuersali hereditate disposuisse. Quod ad præsentia bona attinet, de iis tantum prouisum esse videtur monstrare verba illa pactis dotalibus Adolpff Grünholtz & Catharin von Holtzheim inserta, mihi fol. 11. ibi, vnnd wenn der letzte Pfenning dieser Summen bezahlt ist / sollen Adolpff vnnd Catharin so viel das Hauß Holtzheim belangendt / Verzeichnus thun / etc. paulo post, &c. Jedoch jhnen vorbehalten / etc. ibi, &c. jhrn Anspruch an das Hauß Holtzheim cum seqq. vsque ad vers. da sich aber begebe / etc. vbi sibi reseruat in reliquis bonis acquisitis & acquirendis libertatem alienandi, & ad libitum de iis disponendi, Item in verziegs Brieff / litera F. num. 2. modo dictorum coniugum, vers. vorbehalten / ibi, in dem Fall sol d. Catharin jhrn Anspruch vnnd Gerechtigkeit / von dem Hauß Holtzheim behalten / quæ quidem literæ die Luciæ virginis Anno 52. & sic integrum annum post mortem Caspari Medii confectæ sunt, & tamen d. Catharina sibi ius suum reseruat conditione eueniente; saltem in ædibus Holtzhemicis non in tota hereditate. Quæ quidem reseruatio videtur esse declaratio pactorum dotalium nostri Caspari Medii cum Stephana vxore & Rea nostra initorum, quod videl. illud paciscentes intellexerint de bonis seu saltem ædibus Holtzhemicis, maxime cum dicta Catharina filia de Holtzheim se ad d. pacta Caspari Medii fratris sui ibidem expresse referat. Quamuis & illa ipsa pacta videantur innuere adhuc alia bona superfuisse, in versu: Neben dem / etc. ibi die vbrige Gütter / etc. & vers. seq. Dagegen gleich sein ander Erb / vnd angewunnen Gütter. Mallem itaque si fieri posset in iam d. literis persistere, & eo, quo dictum est modo pacta declarare: præsertim cum videmus ipsosmet paciscentes ea ita intellexisse, & desuper contentos fuisse, & ad hanc interpretationẽ me maxime mouet consuetudo generalis Episcopatus Monasteriensis, & totius fere Germaniæ, quæ ex extractu clausularum producto, multis actibus extraiudicialibus habet, (excepto Rennenberg contra Rennenberg /) tam ante, quam post hunc actum celebratio notoria fit, & depositionibus testium quoque insuper corroboratur, de quibus late Dn. Ref. ad quem me breuitatis studio refero, sicut & ad ea, quæ in secundo præmisso dixi.

His accedit mens, voluntas & intentio paciscentium, quæ qualis fuerit, hinc inde ex actis & productis documentis satis manifeste colligitur: quod scilicet propter præambulas renuntiationes bonorum paternorum & maternorum a sororibus suis, in fratris Caspari scilicet Medii, Reæ nostræ in mariti fauorem factas noluerit bona sua post mortem filii ad aliam quam peruenire lineam: atque sic propter beneficium renuntiationis sibi a sororibus præstitum, se ad q. antidora vel renuntiationem obligare voluit. Neque enim verisimile est, dictas sorores bonis suis paternis & maternis, in quibus alias æquale ius succedendi habuissent cum fratre, renuntiasse, si illis non fuisset reseruata aliqua spes succedendi. Idque modo in dictis pactis allegato. Renuntiationes namque † etiãsi liberæ sint. *l. si quis in conscribendo C. de pact.* Tamen non facile præsumuntur factæ absque caussa. *leg. si vnus §. ante omnia, de pact. l. si ex pluribus, de solut. Bal. in leg. 1. vlt. notab. C. de edict. D. Had.* maxime in mulieribus † quarum genus alias auarissimum & tenacissimum est, *vt inquit glos. in leg. 1. super verb. nulla est. Cod. ad S. C. Velleian.* Quare cũ dd. renuntiationes sororum propter modo allegatam reseruationem præambulam in fauorem fratris, in conseruationem † familiæ & agnationis, in qua versatur fauor publicus, qua de caussa & fa-

91

92

93

uorabiliores sunt *Bennus in dict. tract. statutorum fœminas exclud. articul. primo principal. numer. 18* factæ sunt: Putarim easdem eo facilius sustineri ac defendi posse, *per iura in quarto præmisso adducta*: maxime cum etiam alias ratione publicæ vtilitatis 94 † a iuris communis regulis non raro recedatur. *leg. ad bestias 31. vbi DD. ff. de pœnis.*

95 His adminiculatur æquitas † ipsa, quæ in summo principis consistorio semper attendi debet. Et quod videmus, Ream nostram alias ex bonis mariti sui, plus accepisse, quam illi de iure debetur. Recepit namque dotem, catenam auream pro 500. fl. aureis 3000. fl. post mortem filii pro sua portione domus Holtzhemicæ, dimidiam partem bonorum mobilium & acquirendorum, vestes, clinodia, & tertiam futurorum bonorum, ita vt de læsione iusta queri non possit. Insuper versa- 96 mur hic in successione † matris vel fœminæ ascendentis, cuius non tanta est ratio, quam liberorum in bonis parentum, *per ea quæ in vltimo præmisso tradita sunt.* &c.

97 Denique licet alias † pacta de non succedendo de iure improbata sint. *leg. pactum dotale, vbi Bar. & DD. Cod. de collat.* valent tamen & subsistunt, quando quis hoc nomine aliquid accepit, & præsertim si tantum, quantum alias loco legitimæ habiturus erat, *Bar. dict. loco num. 4 per text. in dict. leg. 1. §. si parens ff. si quis a parente manumiss.* Atque Reæ nostræ 3000. fl. dimidiam partem mobilium acquirendorum, & tertiam futurorum bonorum ex dictis pactis hac ratione competere, modo dictum est. Igitur & hac ratione talia pacta saluari poterunt. Quamuis etiam alicui videri possit, Ream nostram paciscen- 98 do de recipienda † certa pecuniæ summa pro hereditate filii ad obseruantiam contractus vel pacti se obligasse, & propterea a successione filii exclusam esse, non quidem tam vigore pacti, quam quod turpiter fecerit accipiendo pecuniam, secundum ea quæ not. *Bar. d. loco n. 3. vers. pri-* 99 *mus est.* &c. vbi patet † accipiens pecuniam, vt filium emancipet, ab illius successione excluditur. *glossa in verb. improbatur in dict. l. pactum dotale.*

Vltimo videntur d. pacta ab Episcopo Monasteriensi tanquam ordinario approbata & confirmata esse, vt patet ex transactione coram d. Episcopo confecta, & litera O. producta, in qua confirmantur aliæ transactiones, & reliqua vigore pacto- 100 rum † constitura, atque ita ex eo quoque robur accipiunt. *Wesenb. cons. 71. num. 37. cum seqq.*

An elisa? vbi contrariorum resolutio.

NEc me mouent, quæ pro elisione a Rea adducuntur, quod scilicet negat, se in pacta illa consensisse, eaque ratificasse: contrarium namque ex actis patet, & eius consensus & ratihabitio ex actibus multiplicibus concipiuntur. Et quidem primo ex copia der Verzeignuß vnnd Vertrags/ Caspari Medii, & eius vxoris Reæ nostræ Anno 51. *Misericordias Domini* confectæ. In princip. namq; d. transactionis sequẽtia verba ponunt, &c. Meiner Caspar võ Holtzheim Stephanæ meiner ehelichẽ Haußfrawen angenomen/ võ verwilligte heiligs Fürwarten/ꝛc. Et paulo post. mit vnser beider guter Bewilligung einheiligs Verschreibung anfahende ꝛc. auffgericht/ vbi principium & finis dd. pactorum inscribitur. Item in eodẽ illa transactione habetur, ausserhalb was vns in vnser heiligs Verschreibung vorbehalten ist. Hæc transactio confecta est integrum annum post dicta pacta dotalia: cui Rea nostra interfuit, vna cum marito suo, matre & aliis amicis, &c. vti ex illa constat, &c.

Approbant quoque dicta pacta per Reum nostrum Thelnes von Holtzheim/ in der Certification litera R. ibi dic. Reus iuramento promittit, daß er post obitum vxoris Reæ nostræ, alle Brieff wil fallen vnnd erben lassen / wie die heiligs Verschreibung inter Casparum Medium & Ream auffgericht/ꝛc. Præterea Stephana recepit 300. fl. annuatim vigore dd. pactorum dotalium, &c. vt patet ex documento litera Q. Et hac summa fuit contenta secundum textum pactorum, vt patet ex literis assecurationis L. M. quod & dicta pacta in cista sua recondita habuerit & manu propria seqq. verba desuper, scripsit Stephanæ von Weißkirchen heiligsbrieff zu Holtzheim / id ipsamet in responsione ad 34. positionalẽ data fatetur, quæ omnia, quod notitiã illorũ pactorum habuerit, non obscure demõstrant. Instrumentum † enim penes se ha- 101 bens eius contenta scire præsumitur. *Bursat. cons. 143. num. 15. Sfort Oddo in tract. de rest. in integr. pag. 1. quæst.* 8. vbi dicit idem esse, si habeat in capsa vel cista, & notat. *in leg. non est ferendus, de transact.* Colligitur quoque ratihabitio Reæ ex transactione inter ipsam Ream & tutores filii sui Anno 58. 16. Martii, coram Episcopo Monasteriensi confecta, & litera A. producta, vers. dagegen sol / ꝛc. ibi, bleibentor zu allen Theilen verabscheidet. Et paulo post, Immassen als vorhin vertragen vnnd oberkommen / quæ verba tam ad pacta dotalia,

dotalia, quam ad illam transactionem de Anno. 56. vincula Petri (quæ habetur in Protocollo meo lit. C. a tutoribus filii factam, vbi expresse dicta pacta confirmantur, refero. Consensum igitur & ratificationem Reæ nostræ super dd. pactis præstitum, in dubium vocare superfluum esse existimo. De constantia quoque voluntatis Caspari Medii paciscentis quoque dubitandum non est, quia enim in actis de vo- 102 luntatis † mutatione non reperitur, mutatio non præsumitur, *Wesenb. cons. 71. numer. 24.*

Quam perseuerantiam confirmat vltima voluntas ipsius paciscentis Caspari Medii scilicet: Quæ quidem licet a Reis impugnetur, priuatam scil. saltem scripturam esse, negare tamē non possunt, per d. Casparum Medium confectam, & legata secundum eandem tam Episcopo Monasteriensi, quam aliis distributa esse, per quam distributionem d. voluntatem approbare videtur *per l. si personas 23 §. si. hereditatem, de inoff. test.* Quæ quidem vltima voluntas, licet alias nihil probaret, tamen perseuerantiam voluntatis disponentis clare ostendit.

Nec præterea me mouet, quod obiici- 103 tur, hoc esse pactum de successione † filii tum temporis nondum nati, & sic de hereditate tertii non consentientis. Ideoque inualidū, &c. Quia respondeo, filium quidem propter infirmitatem ætatis: quia in pupillari ætate mortuus est, consentire nō potuisse: Tutores autem suppleuisse defectum, prout ex modo allegatis transactionibus: præsertim vero illa, quæ Anno 56. vincula Petri confecta est, videre licet. Qui quidem consensus sufficit, licet ex interuallo interuenerit, *per iura in 3. præmisso adducta.* Quia igitur in præsenti casu pactum factum est de præsentibus tantum, non autem de futuris bonis, item de certis quibusdam nempe domo Holtzhemica secundum consuetudinem Episcopatus Monasteriensis & totius fere Germaniæ ex natura contractus præambuli, scilic. matrimonii, & renuntiationis a sororibus factæ in fauorem & conseruationem familiæ, & sic publicæ vtilitatis & renuntiationis gratia, consensu tutorum filii subsecuto, & matri id, quod legitimæ loco deest, completur & compensatur ex aliis bonis in pacto reseruatis. Et agitur hic de legitima ascendentium, quæ iure ciuili: non descendentium, 104 quæ iure naturæ debetur: quarum † illa minui & in totum tolli: hæc vero nequaquam potest. *Villalob. in verb. legitima. num. 62.* merito tale pactum sustineri poterit, maxime cum paciscens non tantum in eadem voluntate perseuerarit, sed & eandem confirmarit. Quare ex his & aliis per Dn. Referen. adductis, concludo pro actoribus pronuntiandum, Ream q; ad restitutionem domus Holtzhemicæ cum pertinentiis cōdemnandam, ita tamen, vt reseruentur Reæ ea, quæ illi vigore dd. pactorum debentur. Quæ mea sententia vltra rationes & iura supra deducta etiam per viam fideicommissi saluari posset. De quo tamen priusquam præcedentes meæ rationes impugnentur, dicere supersedeo.

Quoad † fructus, licet illi de natura a- 105 ctionis venerint *leg. item veniunt, 27. §. fructus, vbi glos. super verb. omnes, l. sed etsi lege, §. 3. de petit. heredit.* Quia autem hæc caussa tam ardua, intricata, & in vtramque partem adeo disputabilis est, vt etiam prudentissimi cuiusque animum in diuersas partes rapere, ancipitemque deliberandi curam præstare possit; ideo Reos pro bonæ fidei possessoribus habendos existimo. Cum bonæ fidei possessor in mala fide demum constituatur *l. certum. C. de rei vend. c grauis, vbi latissime, Panor. & Canonist. de rest. spoliat. Oldendorp. cl. ss. 5. de petit hered. num. 5. vers pro herede* compensatis expensis propter dubiam litigandi caussam.

Quoad sororem vterinam in puncto interuenientis: iuris quidem est, renuntiationes † esse personales, nec in heredes 106 transmitti *l. si quis filiam. C. de inoff. test.* sed exstingui cum persona renuntiante. Vnde in nostro casu filia matris renuntiatione non obstante nihilominus ex sua persona venire, sicq; succedere potest, *Wesenb. consi. 71. n. 14.* vbi dicit, esse communem, &c. Verum respondeo, hic non concedi a matre renuntiationem vllam esse factam, sed saltem dispositionem de distributiuis bonis a Casparo Iuniore relictis, & in pactis dotalibus reseruatis, iuxta expressam mentem paciscentis, quod scilicet voluerit domum Holtzhemicam aliā peruenire, & allegatam consuetudinem. Præterea non conceditur, Ream nostram, matrem interuenientis ab hereditate filii sui defuncti exclusam esse, sed vi & virtute pactorum succedere debere: quia autem mater filiam suam gradu præcedit, & filia suum in euentum, vel eum saltem in casum hereditatem fratris petat, quatenus scilicet mater eius in hac lite succumberet, ideoque absolutorie in puncto hoc pronuntiandum esse non est dubium, &c. Saluis, &c.

Votum III.

IVrisdictionem fundatam, ex capite denegatæ iustitiæ? nullitat. nullæ. &c.

HH 2

Quoad actionem, putat respectu Reæ petitione a hereditatis institutam. Cum petant Caspari Iunioris hereditatem ab Reis detentam. Interuenientis sororis Vterinæ d. Catharinæ d. Caspari Iunioris & vltimi, intentio quoque fundata videtur, modo mater debeat excludi, cum actores nostri sint remotiores, vt quorum vxores Caspari vltimi sint amitæ.

Nec enim, vel pactis, vel codicillis, Caspar M. ... ius illi Catharinę lege publica† debitū potuit auferre. *l. pactū. C. de pact. §. Codicillis, Inst. de Codicil.* vt maxime demus, ipsum Casparum Medium solemni testamento h... p... tuisse substituendo scilicet filio impuberi, si Caspar Medius actoribus fideicommissum aliquod a filio herede reliquisset in testamento iusto, id actione ex testamento petere deberent. Ita cum in pactis dotalibus & subiecto Codicillo id fecerit, iam respectu Catharinæ interuenientis, vt dixi, sola actio vtilis, quæ vocatur ex testamento, ipsis cōpetere intelligitur.

108 Omnia enim, quæ in † codicillis scribuntur, perinde censentur, ac si in testamento iure cum anni scripta essent *leg. 2. § Codicillorum, de iure Codicillorum.* Et per

109 cōsequens actiones, quæ ex testamento † competunt, si recte, id est, ex verbis legis, illæ conceduntur, ex codicillis vtiliter concedi solent, *glos. in dict. § Codicillis.* Superest, vt cum actoribus secundum regulas iuris obiecti sint obices, quo minus ad hereditatem Caspari vltimi peruenire possint, vnus scilicet ex parte matris Reæ nostræ. *per leg. nam et si is, de inoffic. testament. ad S. C. Tertull.* Alter ex persona dictæ sororis vterinæ Caspari vltimi per *Nouell. 118.* Videamus inprimis, quibusnam rationibus actores Ream conuentam successione filii sui excidisse asserant, & qualiter eas rationes probent. Deinde, an non eæ probationes per defensiones Reæ sint eneruatæ. Denique quid in puncto interuentionis & vtrobique pronunciandum?

Quod igitur attinet ad primum ex his tribus discutiendis articulis, adducunt actores tria fundamenta. Vnum, in primo posit. vsque ad 62. inclusiue, dicentes, Ream pactis dotalibus, & propria renunciatione sua amisisse hereditatem filii, sicque actoribus ad eam patefactum esse aditum. Adducunt secundo in posit. 63. vsque 66. quod, scilicet perdidit successionem, non petendo filio impuberi tutorem. Tertium, in posit. 68. vsque ad finem, ꝙ violenter, & contra prohibitionē ipsius Episcopi Monasteriensis Magistratus ordinarii domum Holtzhemicam inuaserit:

Et per consequens, quantumuis ius aliquod ad hanc hereditatem habuisset, tamen amisisset, per *leg. si quis in tantam.*

Examinando nunc probationes super his tribus inductas, primum actoribus literis dotalibus 15. Febr. Anno 50. inter Ream & suum maritum Casparum von Holtzheim Medium in præsentia vtriusque cognatorum actæ, inter cetera de hoc puncto disponunt, hisce verbis, &c. im Fall gedachter Caspar (Medius intellige) abstei big würde / ꝛc. h... rum verborum vis & robur, vt non nihil magis inclarescat, duo sunt demonstranda.

I. Quod tale pactum de iure valeat. II. Quod Ream nostram propter consensum suum, tam præcedentem, quam sequentem strictissime obligat. Est enim constans doctrina Zasii. *in dict. leg. stipulatio hoc modo, num. 25. & 27. de verb. obligat.* Quod si mater accepit legitimam de bonis filii, siue sit legitima iure, siue consue-

110 tudinis, tum † pactum de non succedendo valeat, in se, & si e iuramento, *argum. leg. 1. § si parens, ff. si quis a parent. manumiss.* Si vero hi, quibus est ius succedendi, non acceperunt, quantum eis debetur, vel quantum satis est, quod tunc sine iuramento pactum amittendæ successionis non valeat, *argumento dict. leg. stipulatio hoc modo, & c. quamuis, de pact. lib. 6.* At vero dum 3000. aurei Rhenenses, item media pars mobilium, quæ iuxta literam N. 700 fl. aureis sint soluta, in prætallegato pacto Reæ fuerunt assignata, quin pro suo iure successionis, quantum satis est, ac operit, dubitari non debet, cum non tantum mater Reæ, sed & tres alii proximiores tanquam consiliarii matris his pactis interfuerunt: maxime cum in eodem instrumento nuptiali Caspar maritus consenserit, vt post mortem suam Rea ab eius heredibus acciperet Leibdings weiß 6000. Goldgülden in sorte, & ... pensionem annuam 300. fl. Taceo nunc restitutionem dotis soluto matrimonio, & morganaticam catenam 500. aureos valentem, absque quibus priores saltem summæ conficiunt circa 10. mille florenos, quod absque dubium tempore sponsalium sufficiens visum fuit, ita vt Rea iis merito contenta, actoribus filii vel filiorum futurorum hereditatem cedere merito deberet, si contingeret, eos mori, ante tempus ibi expressum, &c.

Quibus non obstat scrupulus ille, hanc consultationem potissimum difficilem reddens, quod hæc renunciatio matris sit in personam amitarum d. Caspari Iunioris, quę sunt actorū vxores, ex quarum personis agant,

agunt) pactum acquirendæ successionis, &c. Quandoquidem regulariter nullatenus valere. *Zas. d. l. stipulatio hoc modo. 61. n. 48. & seq.* idem vehementer vrget.

Quoniam respondeo, secundum eundem ibi *num. 50.* quod ea regula procedat saltem, vbi principaliter de acquirenda hereditate disponitur, vt si Caspar Medius, & vxor eius pacti fuissent hoc modo, im Fall vnser Sohn / vor dem er sich verheurath / stirbt / sollen meine Schwestern vnnd jhre Kinder seine Erben seyn / &c. Sicu similiter, si statuto conueniit, quod inter liberos soli masculi succedant, vel si filia extra territorium † nubat, vt ac soli filii patri succedant, talia pacta & statuta non valerent, *per Zas. dicto loco.* At si in statutis vel pactis, per occasionem, & in consequentiam de acquirenda hereditate disponitur, vt si dicatur in statuto, quod filiæ sint exclusæ stantibus masculis, vel extra territorium nuptæ, nihil debet relinqui. Hæc statuta sunt recepta? Pari igitur ratione, cum in pacto nostro principaliter, & imprimis agatur de exclusione matris, & postea demum proponantur verba amitas includentia; sicque in eo pacto non per intentionem principalem, sed duntaxat in consequentiam subiungantur verba *de relinquendo bona amitis filii: vtpote cum exclusa matre*, hæc iam verba per se inferantur & subintelligantur, etiamsi posita non fuissent. Atque ita cum hoc pactum directo exclusum sit, inclusiuum autem tantum indirecto, patet id teste Zasio *dicto loco numero 5.* iure optimo subiunctum esse.

Quod si vero alicui videatur, hoc pactum esse substitutionem pupillarem, & ob id esse reiiciendum: quia non in pactis, sed solum in testamento pupillariter possit substitui, &c. Illi respondeo. Quod cum non sub conditione, *si prius moriatur filius, quam in tutelam venerit,* (quæ propria † est nota pupillaris substitutionis) sed sub hac, *si prius moriatur, quam nuptias contraxerit*, amitæ eius ad hereditatem vocatæ sint, manifestum est, non posse hoc pactum nominari substitutionem pupillarem: cum tempus nuptiarum aliquot annos vltra pubertatem extrahi soleat & possit: sed rectius dicetur, compendiosam huic pacto inesse substitutionem, quæ tamen valet in vim duntaxat fideicommissi, *per textum in §. fin. & ibi Mynsing. numer. 9. 10. de pupill. substitut.* Possunt enim tam vniuersalia, quam † particularia fideicommissa ab intestato relinqui. *§. præterea. Inst. de fideicommiss. heredit. leg. 1. §. sciendum de legat. 3.* Ex quo tamen inferri nequit, Ream vtpote matrem pronuntiandam heredem filii sui ab intestato cum onere restituendi actoribus fideicommissum, propterea, quod ipsa se præmissa renũtiatione, hoc iure hereditatis priuarit, & in actorum vxores id transtulit, ita vt non solum fideicommissarii, *iuxt. dict. §. fin.* sed etiam intuitu huius renuntiationis totales heredes declarari possent, nisi, vt dictum supra, soror vterina viuente Casparo vltimo nata.

Accedit ad iustificationem huius pacti, quod instrumenta nuptialia † in eo, in quo tractant de futura successione, sapiant vltimam voluntatem, & codicillorum vel donationis caussa mortis vim habeant, *Ias. in leg. nemo, num. 22. de legat. 1.* maxime, si, vt in casu nostro (prout in principio & fine literarum dotalium Stephanæ, & Caspari Medii videre licet,) quinque testes præsentes sint. Tot enim testium † præsentia in omni vltima voluntate requiri notissimum est. *ex leg. fin. Cod. de donat. caus. mort.* Cum igitur facienda † semper sit interpretatio in partem meliorem, vt actus potius valeat, quam corruat, *leg. quoties ff. de reb. dubiis*, sequitur, quod etsi pactum nostrum non valeret, vt actus inter viuos, tamen sustineri posset in vim vltimæ voluntatis. Idque eo magis, quod Anno 50. 17. Septembris, Caspar Medius vltimo suo elogio, sciente & consentiente Rea in scriptis relicto, hoc pactum dotale confirmauerit, ibi. Item, meiner lieben Haußfrauwen Heuradtsbrieff / sol in seiner Wirckung nichts davon außgescheiden seyn / vnd bleiben / &c.

Cui non obstat, quod in fine huius Codicilli dicat, se scripsisse manu propria, cum tamen ea subscriptio in actis non reperiatur. Quoniam hanc subscriptionem supplet per missiuam mox post obitum Casparis Medii. Anno 51. 19. Iunii mortui, datam ad Balthasar Schalen / concludit, quia de iure validum est hoc pactum dotale, & in id sæpius consensit. Proinde actores sui libelli primum fundamentum satis probasse.

Secundum fundamentum similiter probatum esse concludit, quod scil. quia † mater filio tutores non petierit, ideoque eius hereditate priuandam.

Tertium fundamentum, quod per vim & prohibitionem Episcopi Monasteriensis inuaserit † bona, & ita in pœnam. *leg. quod exstat, quod met. caussa, & leg. si quis in tantam. Cod. vnde vi.* inciderit etiam probatum, &c.

Ex his concludit actionem probatam.

An elisa.

HIc Rea a defensionali primo vsque ad duodecimũ inclusiue allegat vulgatum Ius, matribus in hereditatem filiorum suorum competens, sed ei iam per tria Actorum argumenta, supra deducta, copiose solideque responsum est, vt nullum iam dubium relinquatur, illud ius Reæ hoc casu nihil patrocinari.

De altera Reæ exceptione, quod ipsa exclusa, tamen Catharina, soror Caspari vltimi vterina ad hereditatem admittenda sit, prout in iisdem defensionalibus 7. vsque ad 12. & 46. 47. & 48. articul. postea tractabitur. Quod vero tertio loco a 13 defens. vsque ad 32. inclusiue, excipit, Amitas Caspari vltimi, hoc est, Actorum matres renuntiasse hereditati controuersæ nihil est; Nam Dorotheæ von Holtzheim pacta dotalia litera A. notata, docent, quod ipsa Anno 1513. simplicem tantum renuntiationem fecerit, auff alle vätterlich vnnd mütterlich Erb/vnd Gütter/ & quidem cum hac appendice: Es were dann / daß Gott vnnd die Heilige Kirch sie künfftiglich wanntt verserbete / auch so ihr Bruder Caspar von Holtzheim/ableibig würde / ohne wissentliche Geburt / als dann möge sie oder ihre Kinder (quæ extensio per transfixum Anno 1515. addita fuit) zu der Erbschafft von Caspar ihrem Bruder verlassen/collata dote / stehen zu gleichem theil/mit ihrer andern Schwester Catharina. Similiter iam dicta Catharina in pactis dotalibus suis Anno 1547. & postea Anno 1552. iudicialiter für dem Freyherrn zu Freystatt / renuntiauit, cum hac expressa reseruatione, so der von Holtzheim ihr Bruder ohne bleibende Leibsgeburt/ quod verba … in pactis dotalibus Reæ & huius Caspari Medii also ist außgelegt worden / wenn solche Kinder Todts abgiengen/ ehe sie sich verheuratheten/ verstürbe/ sol dictæ Catharinæ ihr Anspruch vnd Gerechtigkeit an das Hauß Holtzheim vorbehalten seyn/ vnnd dessen geniessen / damit sie Gott vnnd die Heilige Kirch versehen wird / jedoch Casparo von Holtzheim vorbehalten/ seiñ angeworbene Gütter/ so jhme nicht angeerbt seyn / dieselb ohn jemandts Einredt nach seinem Willen zu vergeben: quod quidem pactum iure subsistit, tum † quod sit reseruandæ successionis auff einen lebendigen Anfall / vt nos loquimur: tum quod sit certorum saltem bonorum, & consequenter non impediat libertatem testandi, *per ea quæ tradit Zasius in dicta lege stipulatio 16. numero decimonono, & Gail libro secundo obseruat. 126. numero* 8. & 9. Cum igitur conditio, sub qua hæ duæ sorores renuntiarunt, euenerit, id est, Caspar vltimus ante contractas nuptias mortuus sit: vtrique actoribus hæc renuntiatio non obstat. Cum † renuntians sub conditione, si quando deficiat, perinde habeat, ac si ab initio non renuntiasset, *leg. qui potior, l. qui balneum, de pignor. act.* Et si quisquam sit, cui hæc non satisfaciant, ei vlterius dici potest, quod imo actores his renuntiationibus tanquam non iuratis; omnino non obligentur.

118

119

Sed iis non obstantibus, hereditatem suam auitam petere possunt. Quæ porro in defensione 33. vsque ad 44. inclusiue, rea contra pacta sua dotalia excipit, satis superque supra confutata sunt, &c. Quod denique in articulo defens. 45. ab ætate minore 25. annis, excusare se studet, nihil stringit, eo, quod actores illum articulum negauerint, & vicissim ipsam eundem probasse ex actis non constet; sed & posito, quod tempore defuncti Caspari Medii fuisset minorennis: tamen hoc eam releuare non potest, propterea, quod tradit Mar. *in ord. Iud numero* 152.

Pariter me non mouet, quod in 46. defensione argumentum non petiti tutoris, in actores retorquere conatur; dicens, substitutum † pupillariter non petendo tutorem pupillo, priuetur iure substitutionis. Quia respondeo in primis ex actis patere, ipsas post obitum Caspari Medii, petiisse legitimam huius pupilli tutelam. Deinde hanc obiectionem non procedere in substitutione fideicommissaria. *leg. credendi §. si vero maritus. tit. qui pet. tut. Mar. dict. l. is potest num.* 133. At substitutionem nostram obliquari, & in vim saltem fideicommissi valere, supra ostensum est.

120

Postremo quod in 49. defensione violentam domus Holtzhemicæ eiusque pertinentiarum occupationem excusat dupliciter hac ratione, cum quod armis & militibus domum illam munierit, saltem ad præueniendam & impediendam iniustam vim: tum quod contra prohibitionẽ Episcopi Monast. obtulerit idoneam fideiussionem: Quandoquidem actores hunc prætextum negant, nec in actis probatio eius aliqua inueniatur, nihil ream hæc defensio iuuare potest, &c.

Transeundo igitur ad tertiam & vltimam huius consultationis partem, in his, nisi quid diserte verbis comprehensum † aut expressum est, actum intelligatur. *leg.* 7. *§. quin imo, vbi post glos. magnam Ias. numero* 12. *de pact. & idem Ias. in lege lecta si cert.*

121

& cert. pet. nu. 17. l. repetendi, C. de cond. ictione ob caussam. l. si vnus. 27. § pacta. 4. versic. & in summa, ff. de pactis, cum itidem † instrumēta dicantur esse stricti iuris, *Soc. consi. 73 nu. 4. volum. 1* nec extra neam interpretationē illa admittere, sed eam ex verbis desumi, & quod illis † non continetur, hoc pro misso haberi, *l. ad probationem 21. vbi Bald. Cod. de probat.*

Vnde recte dicitur, verba instrumenti † ponderanda esse, nec illis quicquam addendum: item † quod instrumentum non cantat, nec nos cantare, atque inferre debere, *Bal. in c. vniuersitatem, de elect. & consi. 297. lib. 1. & consi. 189 vol. 1.* Et perinde, vt instrumentum iis tantum prodest, qui † nominantur in eo, & non aliis, ita nec obesse aliis, neque contra alios probare, nec in præiudicium tertii iniqua interpretatione extendi debet. *Soc. cons. 39. visis, nu. 10. vol. 1 per doctrin. Canon. in ca. illud. de præsumt. l. si constituerit 8. in princi. vbi Bald. Cod. de fide instrum.*

Cōsequens est, pacta & instrumenta nuptialia supra allegata, actoribus, exclusa rea, eas hereditates tribuentia, non impedire, quo minus Catharina soror vterina Caspari vltimi, de cuius hereditate agitur, possit eiusdem heres pronuntiari. Præsertim cum non ex persona matris suæ, sed iure proprio veniat, *per Auth. de heredib. ab intestato §. si igitur.*

Quia vero in petitionem hereditatis † veniunt non tantum res hereditariæ seu corporales, seu incorporales, sed etiam fructus, & quæ ex quacunque caussa ad hereditatem accesserant, aut accedere potuerunt, *l. item veniunt, cum seqq. de petit. heredit.*

Dispiciendum restat, qualiter † ad restitutionem hereditati Rea condemnanda sit. Et cum in bonæ fidei † iudiciis qualem esse petitionem hereditatis constat ex §. *actionum. de act. institu. & l. vltim. in fin. Cod. de petit. heredit.* libera potestas iudicii permittatur, ex bono & æquo æstimandū, quantum actori restitui debeat, *§. in bonæ de action.*

Ideoq; etsi Rea cum Theines marito suo hereditatem violenter, & contra prohibitionem sui magistratus, quasi sibi ipsi ius dicens inuaserit hactenus: tamen quia ad se illam pertinere existimauit ex errore iuris (qualis quidem † caussa etiam a dolo & mala fide excusat: *l. sed etsi. § scire. 4. de petit. hered. l. agitur. 12. de liberali caussa*) condemnabo ipsam ad restitutionem totius hereditatis, hoc modo: vt duas tertias, quibus actorum matres renuntiarunt sub conditione, quæ iam euenit, iisdem actoribus restituat, cum vsuris & fructibus a tempore occupationis. Statim enim inde in mora fuit, cum sciuerit ex literis renuntiationum præallegatis, has duas tertias indistincte actorum esse.

In bonæ autem fidei iudiciis † vsuras & fructus statim a tempore moræ deberi, docet Mynsinger. *in §. actionum. de act. numero 16.* Reliqua autem bona Catharinæ von Holtzheim, tanquam Casparis vltimi heredi vna cum accessionibus, incrementis & fructibus, quos a tempore litis contestatæ percepit, & qui percipi potuerunt, restituat *per l. lite, 35. de vsuris, & §. etsi heredibus. de off. iud.*

Nam omnes † possessores post litem contestatam sunt pares, & præsumtione iuris efficiuntur, id est, habentur pro malæ fidei possessoribus, quantumuis eorum conscientia per litis contestationem forsan non sit conturbata mala fide, vt etiam de iis fructib. qui percipi potuissent, teneantur, *l. sed etsi. § si ante, vb. glo. & Bart. de petit. hered.*

Sed & huius sententiæ æquitas etiam inde augetur, quod horum fructuum accessio, um & incrementorum, sic restitutorum, non tantum actores, sed etiam Catharina, filia Reæ, participes fiant. Item quod si strictam iuris rationem sequi vellemus, ipsa, vt supra ad secundum libelli actorum argumentum expositum fuit, etiam his, quæ in pactis suis dotalibus assignata sibi habet seruari posset.

Demum quod attinet expensas huius litis, cum si victus † habuit iustam & probabilem caussam litigandi, non condemnetur in expensis, *l. quæ solidum §. etiam. de legat. secundo Probatur in § oportet. Auth. de iudiciis, gl. & DD. in l. properand. § sin autem C. de iud.*

Atque iura iudicis † arbitrio, quod secundum facti, personarum & rerum qualitatem moderari debet, permittant, an quis iustam rationem litigandi habuerit, *Mynsi. consi. 59.*

Supra autem dictum sit, ream ob tot difficultates & dubia, quæ hanc litem ambiguam & intricatam faciunt, habuisse iustam caussam litigandi, arbitror illam in expensas non esse condemnandam.

Ex his omnibus censeo ego (vt iuscuiusque melius sentientis iudicio saluo) simul in puncto con & interuentiones pronuntiandum, hoc modo, vt Rea sibi reseruatis 3000. aureis ex instrumento suo dotali sibi competentibus (& sic consequēter vsuras etiam eiusdem pecuniæ a die

obitus mariti lucratur) ad restitutionem totius hereditatis litigiosæ condemnetur, ita vt actoribus duas tertias prædictas, tanquam auitam suam hereditatem, vna cum vsuris & fructibus a tempore factæ occupationis: reliqua autem bona vna cum vsuris & fructibus a tempore litis contestatæ perceptis & percipiendis restituat Catharinæ von Holtzheim/ tanquam Casparis vltimi sorori vterinæ & heredi, cum hac tamen appendice, quod dicta Catharina eorum bonorum dodrantem, id est, Drey Theil derselben Erbschafft actoribus, tanquam fidei commissariis restituere debent, compensatis expēsis. Ceterum maioribus votis 16. Septembris Anno, &c. 88. sententia taliter fuit concepta & publicata.

IN Sachen Adolph Grünholtz vnnd Balthasar vom Sthal/ jetzt ermeldten vom Sthal allein betreffendt/ Klägern eines/ wieder Weylandt Theines von Holtzheim hinderlassener Wittib/ Stephanam von Weiß Kirchen Beklagtin/ Anders Theils/ ist allem vorbringen nach zu Rechterkand/ daß gedachte Beklagtin/ Weyland Caspars von Holtzheim/ jhres Ehemans Verlassenschafft/ so viel der zu jhren Handen kommen ist/ (ausserhalb was jhr/ vermöge dero zwischen jhnen beyden auffgerichter vnd in actis angezogener Heurahtsberedung gebühret) sampt denen von zeit an/ beschehener Kriegsbefestigung/ auffgehabenen Nutzungen/ obgemelten Klägern würcklich eynzuraumen/ zuzustellen vnnd folgen zulasen/ schuldig sey/ als wir sie hiemit zu solchem allem condemnirn vnnd verdammen/ Die Gerichtskosten derowegen auffgelauffen/ auß bewegenden Vrsachen compensirend vnd vergleichend.

WErner in caussa interuentionis Catharinæ von Holtzheim verordneten Curatorn ad litem in actis benandt/ Klägern eins/ wieder Balthasar vom Sthal/ vnnd Weylandt Themes von Holtzheim nachgelassene Wittib/ Stephanā von Weißkirchē beklagte anders Theils/ Ist allem Forbringen nach zu Recht erkandt/ daß gedachte Beklagte von angestellter Klage zu absoluiren vnd zuerledigen sey/ Als wir sie hiemit absoluirn vnnd erledigen. Compensatis expens. &c.

Quia illa consuetudo procedit tantum in illis casibus, quando coniuges paciscuntur de succedendo inuicem. Et tali casu loquitur obseruat. Mynsing. a quo casu noster est diuersissimus.

Votum IV.

IVrisdictio fundata ex prorogatione partium. Quoad actionem, institutam esse petitionem hereditatis, non quidem simpliciter & directe, sed quasi in totam seriem, facti videlicet, conceptam: quod patet ex verbis in petitione, daß Klägere vermöge auffgerichter vnnd bestättigter Pacten/ Vorbehalts vnnd Vertrags/ Vermächts vnd Vermerckung Erben seyn. Quod fit, vt vigore huius clausulæ, & clausula salutari, non male quis dixerit, si in factum aut præscriptis verbis actum, vt scilicet Rea restituat hereditatem, iuxta initam & factam in pactis dotalitiis legitimam conuētionem, ratificationem & approbationem. Alia enim nulla est huiusmodi † pactorum forma & exitus, nisi vt seruetur secundum tenorem & præscriptum verborum, *Oldendo in Cl. ff. Act. de præscript. verbis.* Concludit, Actores nostros ab intestato nomine vxorum vigore initorum pactorum Caspari iunioris von Holtzheim hereditatem petere. 134

An probata?

COnclusiue, ex quo a 4. Iam dominis id luculenter expositum, censet, cum illis actionem esse ex pactis vxorum actorum, patet illas in hunc casum sibi reseruasse hereditatē patris sui, ex pactis Reæ eam renunciasse hereditati filii, adeoque actoribus ad eam hereditatem patefactum esse aditum.

Quod autem † huiusmodi renunciationes & pacta valeāt, per D. Referentē & alios longe demonstratum. Hinc & Virgilius in § *sed hæc, Inst. de exhered. lib.* dicit, nos hodie moribus modis sæpissime ad vetus ius relabi, pactis scilicet, statutis & priuilegiis. 135

Nam qui † filias elocant, solent curare, vt successioni ipsę renuntient. *arg. l. pactum dotale Cod. de collat.* Necesse tamen est, vt huic pacto per iusiurandum robur accedat, vt quod iure ciuili improbatum est pōtificia auctoritate subsistat, *cap. quamuis, de pactis* Et hac ratione ad ius vetus redimus, quo exstantibus masculis, filię excludebantur: quod tamen ita valere existimandum est, si dos fuerit data filiæ, quæ legitimæ loco sit, *Bart. in l. Titio centum. §. Titio genero, de condit. & demonst.* 136

Nam iniquissimum dicit esse, in † vniuersum filias excludere, *iuxt. DD. & Alex. in l. Gallus. §. & quid, de lib. & posthum. & in d. c. quamuis.* 137

Secundi autem pacta, statuta & priuilegia, ea ratione nituntur: quod interfit reipub. vt salua sit † familiarum dignitas, *l. sed & si* 138

& si seruum, de ventre inspic. Vigl. supra d. loco.

139 Et sustineri talia † pacta de consuetudine cum primis fauore coniugiorum, in quorum dotalibus conuentionibus adiici solent, probat Menoch. *consil.* 82. *numer.* 52. *& seq* quem refert & sequitur Wesembec. *consi.* 71. *numero* 28. Ex quibus concludit, pactum hoc, siue renuntiationem Reæ esse validam, & eo, quo dixit, modo actionem institutam probatam esse.

140 Et vt pactum hoc non valeat, vt inter viuos, quo † directe nec datur, nec adimitur hereditas. *l. pact. eum, l. hereditas. C. de pact.* tamen ob non mutatam voluntatem, & quia Caspar medius in eo vsque ad extremum perseuerauit, quin & 2. Septemb. An. &c. 50. hoc ipsum vltimo suo elogio confirmauit, valebit, & sustineri debet in vim vltimæ voluntatis, vt actores nostri ex eo succedãt saltem iure fideicommissi, *per ea quæ tradunt DD. in l. fin. C. de pact.* Wesemb. *consi.* 71. *nu.* 40. *& sequ.* Quibus omnibus accedit, quod rea in supra dicta pacta, & mariti sui vltimam testantem confirmationem consenserit.

An Elisa?

PORRO an ob id, quod Rea parata sit medio iuramento affirmare, se clausulam illam, quoad filii successionem non intellexisse, adeoque non consensisse: quin postquam intellexerit, se vigore pactorum tanquam matrem a successione filii exclusam, viuente adhuc filio, coram officiali declarasse, se illam clausulam non intellexisse, vt ex documento litera C. Elisa censeri debet, actio. Ad longum a dominis ante me deductum est. Ego sane existimo, minime ideo elisam; quin imo ex actis apparet, Ream nostram d. pacta tam constante, quam soluto matrimonio intellexisse, & rata habuisse. Stat ergo sententia d. pacta valere, nec actionem elisam esse. Et ex quo dicta pacta subsistunt, non magna vis ponenda est in reliquis duobus punctis, eam scilicet cecidisse ab hereditate filii sui, ob non petitum tutorem, & quod domum Holzhemicam vi & propria auctoritate inuaserit.

Pronuntiandum ergo, Ream conuentam teneri actoribus restituere omnia bona hereditaria Caspari iun. ad se deuenta, iis tamen exceptis, quæ Reæ nostræ vigore pactorum dotalium debentur, vna cum fructibus perceptis & percipiendis a tempore litis contest. Quia omnes accessiones & commoda in hanc actionem veniunt, *Mynsin. consilio* 56. *in fi. Compens. Expensis.*

Votum V.

ACtum puto per. hereditatis in pactis allegatis fundata & actio † præscriptis 141 verbis ex pactis dari potest, *Ioan. Mar. Rimin. in l. bonæ fidei. nu.* 3. *C. de pact.* Et hoc respectu clausulam salutarem parũ operari. Sed ex vi, verbis & interpretatione pactorum dependere totam caussam.

An probata?

DIstinguendum, quãtum ad priora duo pacta: In pactis enim Dorotheæ renũciatio paternorum bonorum simpliciter facta est, accepta dote, in hoc pacto actio fundata non est. Ex pactis Catharinæ constat, ipsi reseruatam esse jhr Anspruch am Hauß von Holtzheim / so Caspar iun. ohne bleibendt Leibsgeburt versturbe/ꝛc. Ex quo infertur, cum tempore mortis Caspari medii filius eius Caspar iunior in viuis fuerit, pacta ad præsentem casum extendi non posse, cum conditio exspirauerit, per natiuitatem Caspari iunioris. Vnde actio supra dicta non est fundata. Restat, an actio ex pactis Stephanæ sit fundata? Puto principaliter de acquirẽda hereditate in dictis pactis actum esse, pactum † tale etiam iuramento 142 firmatum non valeat, *l. stipulatione hoc modo, vbi Zas. de V. O.* Etiam nec inter patrem & filium, *Vasquius de success. creatione.* §. 18. *nu* 235. *&* 291.

143 Et quamuis in vim † vltimæ voluntatis valeat in liberos. *Vasquius d. loco,* Aliud tamen est, inter extraneos, *Vasqui. d. loco. nu.* 291. Exclusiue. *Decius, in l. pactum quod dotali, circ. fi. versi.* 30. *limitatur. C. de pact.* Wesemb. *consi.* 71. *num.* 27. 40. 43. *&* 45. vbi hoc solum limitat, quo ad legata in scriptura perfecta relicta.

144 Quod autem in pactis † dotalibus hoc similiter procedat vltra gradum liberorũ, videlicet quod in vim vltimæ voluntatis valeant, & quoad collaterales & extraneos, hactenus non inueni in iure fundatum. Si enim hoc singulare est in testamento imperfecto, quod pater fecit inter liberos, etiam pupillariter substituendo, non tamen extraneus misceatur, vt est Bart. communis sententia, *in l.* 2. *in pr. in* 6. *requisito. nu.* 18. *de vulg. & pupill. Vasq. d. loco. nu.* 115 *cum seqq.*

145 Item, quando † pater sibi facit testamentũ, tunc hoc ad ipsius pupillorum substitutionis creationem desideratur. *Vasq. n.* 114. *per d. l.* 2 § *quisquis, de vulg. & pupill.* minus certe illud, per pactum, siue viam contractus,

146 vt quo hereditas † dari non potest, excepto milite, *l. licet C. de pact.*

Sed in testamento tantum solemni licebit, *d. l. hereditas, C. de pact. conuent.* alias sequeretur, quod pactũ longe potẽtius esset,

quoad vim & effectũ vltimæ volũtatis, quã testamentũ imperfectũ: in quo tamẽ est liberior facultas, de rebus nostris disponendi, acidẽ omnino, quod patri inter liberos, etiam aliis concedendum foret omnibus. Quare nec iure quidem fidei commissi secũdũ pacta, quoad extraneũ saluari possunt. Imo adhuc dubia esset Accursii & communis opinio: an scilicet † substitutio etiam in codicillis facta, cum directo non valeat, saltem in vim fideicommissi sustineatur: de quo apud Viglium, *in tit. de vulg. subst. in pr. nume. 3. 4 & 5.* vbi dicit, illud speciale esse in pupillari substitutione, de qua loquitur *l. Scæuola ad Trebel.* Et addit, quod possit pater filio † ęque per fideicommissum, atque directo substituere: quod nostro casu factũ non est. Et idem Vigl. *in § fin. de pup. subst. & Vasqu. lib. 2. de success. progress. §. 11. numero 29. deinde facit l. fin. Cod. de codic. ll* vbi testator, qui decreuit † facere testamentum, si id implere nequiuerit, intestatus videtur decessisse: nec transducere licet, ad fidei cõmissi interpretationem, velut ex codicillis vltimam suam voluntatem inter id ille cõplexus sit, vt vim codicillorum scriptura debeat obtinere. Sic in proposito, quia nõ testamentum, sed pactum facere voluit pater, nec tamen opposuit pater, quod illud vim vltimæ voluntatis habere velit, & iure fidei commissi valere debeat (quod etiã nõ licuisset, cum in testamentis & codicillis tantum procedat) non video, quomodo ad fidei cõmissi interpretationem descendere possimus. Quod præterea adfertur argumentum a donatione caussa morte, illas interpretationes in dd. casibus de iure expresse prouisis & permissis non esse alienas a proposito & cõtractu: sicut ecõtra in præsenti hoc nostro casu & pacto de iure illicito & improbato: vbi quia principale non subsistit, merito nec accessoriũ, vel sequela admittenda erit. Hinc etiam mirum nõ est, quod † donatariis caussa mortis æque substitui potest, vt heredibus & legatariis, *l. vt heredibus, de leg. 2. Cast. cons. 347. nu. 1. part. 1. Idem Cast. cons. 384 n. 1 par. 1.* Et ita intellige id, quod dicunt DD. substitutionem in cõtractibus fieri posse. *Cast. d. loco. Crau cõs. 9. nu. 8.* hoc est, secundum subiectam materiã, & quatenus iure permissum reperitur.

147

148

149

150

Accedit, quod per talem extensionem & illationem generalẽ ab vno ad aliud resultaret maximum absurdum & inconueniẽs. Quia ita per pactũ, eiusq; interpretationẽ perpetuo liceret id, quod saltem per viã testamenti codicillorum & donationis conceditur. Nec liberi, inter quos a parentibus disponitur, melioris esset conditionis, quã extranei & minus dilecti, quibus non ita iure naturæ debetur hereditas. Nec tanto fauore digni sunt, vt illi. Quæ confusio non videtur ferenda, cum nec in potestate nostra sit, certos illos modos deferendæ hereditatis, de quibus *in l. 1. cum duab. seq. de pet. her. Bar. cons. 212.* propria auctoritate euertere: sed † leges ab omnibus debent obseruari, *l. 3. in prin. de ll.* Adhæc opinio dominorum, vel pactum hoc potius deferendi non potest prętextu pacti de re particulari, tanquam in iure validi: quia manifesto de contrario constat, quod maxime actum hic sit de vniuersali iure & successione, vt facile euincitur ex reseruatis illis paucis: Item clausula, qua vidua voluit esse cõtenta bonis, ibidem cõmemoratis, itemq; ex verbo Erben/actiue & passiue aliquoties repetito. Ita quod plane cesset illa differentia, quod valeat pactum de succedendo in bonis particularibus. Deniq; in omnes limitationes, quas ponit Forst. *lib. 1. de success. ab intest.* ad resolutionẽ pro parte negatiua istius quæstionis: *An pacto priuati hominis possit modus successionis dari, in his fol. 14.* nullã reperio, quæ cum nostro casu conueniret, excepto, quod ad quæstionem incidentem, quam subnectit, tenet, pacta † priuatorum de succedendo consuetudine & statutis confirmari posse, per rationem, vt ibi. Et cũ testamẽti † factio non priuati, sed publici iuris sit, ideoq; forma † eius priuatorum pactis lædi non potest. *l. 3. de testam.* Quibus add. etiã exceptionem notissimã, quod Rea pactis hisce dotalibus non interfuerit, præsentes suo nomine talia, de quibus tunc ipsa nunquam cogitauit, imo nec in mentem quidẽ venerũt absenti, in mandatis non habuerũt, neq; vllo postea tempore ratificauerit: quin forte etiam legens nõ intellexerit, vel satis perpenderit illum casum, vel saltem vt tum adhuc incertissimum neglexerit, nedum ꝙ iuramentum hic inuenerit, vt alias tam in præsentibus, & iam oblatis, quam futuris hereditatibus, earumq; renuntiationibus fieri assolet, *iuxta c. quamuis. de pact. in 6.*

151

152

153

154

Nec me mouet, quæ ex adimpleta vltima voluntate, in solis legatis consistens, & sic per ratificationem dd. pactorũ contra Reã, & tutores vterinæ adducuntur. Respondere enim potest primo, ratificationem † nullam esse eius, quod nullũ est. *Dec. in tit. semper quæ non prob. bet. nu. 16. de R. I. in 6.* Secũdo respond. Quod tutorum ratificatio nulla est, cum non habent auctoritatem † renuntiãdi priuilegio, quod pupillis competit, sed habent potestatẽ administrandi recte, non autem male. *Capol. consi. 58. nu. 8.* Tertio requiritur expressa ratificatio, nec sufficit tacita: cum tacite † quis non censeatur approbare, quod lex probibet. *Cra cons. 200. nu.*

155

156

157

100. nu. 7. in fi. & nu. 8. 9. Talis autem in præsenti casu, qui postea demum euenit, nullibi extat, sed de rebus aliis tum temporis 158 præsentibus, & præteritis agebatur. Sicut † etiam in actis inter viuos non censetur cogitatum de futuris. Crau. consi. 153. nume. 3. præsertim quoad successiones contra ordinem naturæ. Extra approbatio, quatenus aliqua ex parte mariti ostendi potest, & facta est, trahi nō potest ad casum, cuius tunc temporis nulla adhuc spes certa, sed incertissima, adeoque non potest dici per talem approbationem ius de futuro cōpetiturū, spe incerta esse rem illum, & maxime cum ipsa approbando non fuerit vsa verbis prægnantibus & aptis comprehendere etiam ius de futuro, vt in simili Bereus consi. 67. volu. 2. per ea quæ tradit Bart. & alii, in l. qui Romæ. § duo fratres, in § & 6. quæst. de V. O. Quo facit dilemma Zasi, in d. §. duo fratres. nu. 17. Quare, nec ab vltimæ quidem voluntatis Caspari Medii excusatione ad nostrum casum inferri potest: sicut & alia ratione dd. pactorum gesta & transacti tantū adaptatur ad ius renuntiatum ex caussa & præterito: cum a simili, per diuisionem etiam iuratam 159 † non censeatur renuntiatum fideicommisso reciproco & conditionali, cuius conditio tempore diuisionis nō euenerat, etsi esset promissum de non contraueniendo, Tiraq. in præf. l. si vnquam, num. 149. C. de reuoc. donat. Bellon. consi. 19 nume. 8. 9. & alii quos citat Lemonnuan caussa Holotina, num. 503. & 491. Paris. consi. 43 nume. 32. cum seq. par. 3. Maxime, quia gesta per Ream ad implendam voluntatem mariti & mandando executioni ea, quæ voluit ac disposuit, possunt cōsiderari de per sese, separatim & disiunctim, nec habent connexitatem variam, Paris. d. loco. numero 34. Alexa. consi 32. nu. 8. ibi.

Quod obiicitur de consuetudine regionis, in eo quoque nullum firmari fundamentum video, cum illa per exhibitas copias neutiquam probata. Imo dubium adhuc sit de multis pactis, tam antiquioribus, quam recentibus, an non similes illæ controuersiæ & lites aliquando mouere potuissent, vel possint, cum forte pauci, vel nullus talis casus inter omnia ista exempla acciderit, multo minus de aliqua executione, vel obseruantia eorum pactorum quorumcunque certi simus. Vnde ex nudis illis pactis (licet in nobiles aliquoties diuersimode tantum repetitis:) & certam consuetudinem tanquam generalem, validam, & ab omnibus probatam, & secundum quam in casibus similibus, ita semper & sine contradictione, obseruatum fuerit, difficile est inferre.

Nec ad rem facit generalis consuetudo Germ. quia ibi de renuntiationibus tantū, & quidem iuratis, (quibus pactum hoc assimilari non potest) & vix de vlla alia, quam filiarum, nec de pluribus, sed vnius tantum generis hereditate plerunque agitur, scilicet parentum, fratrum & similium, non autem, quod ab vno ad alium casum, vt per plures hic substitutionum & personarum gradus, & hereditates siue successiones, fiat transitus, prout exempla quotidiana ostendunt. Ac tamen ad propositum, siue præsentem casum multa & varia adhuc de pactis, substitutionibus, fideicōmissis, & tractatione legitimæ & Trebell. cum simillib. sicut & de constanti & perpetua voluntate, atque omnimoda potestate sponsi, postea patris & mariti, ratione propriorum suorū bonorum, tam in facto, quam ex dd. traditionibus, adduci possent, vt inter cetera, an mater a legitima excludatur † per substitu- 159 tionem pupillarem expressam & tacitā, de quo Gomes. de vlt. vo unt. cap. 4. tit. de pupil. in l. 2. nu. 114 de vulg. & pupil. vbi affirmatiuam defendit etiam in foro conscientiæ, & iure poli, Vasq. lib. 2. de success. progressu §. 15. nu. 17. Paul Leon in tr. de pupill subst. nu. 233. cum seqq. per l. Papinianus. §. sed nec Impuberis de inoff. inst. l. precibus. C. de Impub. & al. substitut. ca. si pa er, de testamentis in 6. Item, quod saltem debeatur † legitima matri, 160 non dato substituto pupillari. Gomes. d. loco. numero 7. Item † quod pater possit quā- 161 libet etiam penitus extraneā, exclusis quoque matre & fratre, ipsius filii impuberis substituere, Franc. Mantica lib. 5. de coniect. vlt. vol. tit. 5. num 40. Vasq. d. lib. 2. & 15. nu. 55. in fin. Et quod mater non habeat querelam contra talem substitutionem, & nec de filio, (quia non ipse sibi testatus est, sed pater suus) nec de patre conqueri possit, quia non tenebatur vxor suæ ad hanc legitimā, Castr. in d. l precibus. nu. 3. & ibi Bald nu. 24. in fin. Vasq d. loco. num. 58. post prin. Quia tamen quæstio hic non est de illis, sed saltem de modo, & quo cardo huius caussæ consistit: An maxime, recte & legitime sic voluerit & potuerit, hoc est, per viam pacti, eiusque interpretationem, & verbi obligationem, an vero per vltimam voluntatem potius, siue testamentū illud facere debuerit: omnia ista tanquam superflua & aliena a nostra disputatione, imo etiā certa de iure, breuitatis studio omittere volui.

Quod autem vltima voluntas hic prætēditur cum adiecta clausula codicillari, ex illo capite concurrit vtilis † actio ex testa- 162 mento, vt per gloss. & DD. §. in codicillis, in verb. relinquitur. Instit. de codicill. & l. ab intestato, de iure codicill. licet † enim directo 163

hereditas codicillis neque dari, neque adimi possit, d. §. codicillis l. 2. C. de codicillis. verba tamen illa de iure obligant ad naturam fideicommissi, &c. ita quod † fideicommissi vniuersalia & particularia, recte in iis relinquantur, d. §. codicillis. l. 2. §. fin. de iure codicill. & tunc heres ab intestato succedens, tenetur ad illa præstanda, in l. si quis testamentum in pr. & l. ab intestato, de iure codicill. Verum de originali & subscriptione hic dubitatur: nec certum est, ad quem finé principaliter ibi mentio fuerit facta pactorum dotalitium, an scilicet per omnia approbare & confirmare testator illa voluerit, nec ne: præsertim respectu substitutionis. Imo desideratur quoque solemnitas, hoc est, vnus duorum testium, si inter liberos heredum dicamus codicillum factum. Vasq. lib. 3. de success. progr. §. 30. tit. de codicill. n. 20. Quod eo magis hoc casu propter extraneas mistas personas necessarium videtur, per supra dicta, ita quod etiam quinque testes, vna cum ipsorum subscriptionibus requirantur. l. fin. C. de codic ill. Quæ cum deficiát, nihil firmiter aut concludenter statuere, neque d. Vermächtnus in hac controuersia inhærere possum.

164

Quoad alia duo fundamenta actorum, scilicet non petitorum tutorum & occupationis violentæ: responderi quoque posset, vt per alios dominos. Licet de facto adhuc non satis informati simus, an maxime Rea minorennis fuerit tempore secundarum nuptiarum. Certum enim est quod ille, † qui fundat se in minore ætate, eam probare debeat, l. cum te minorem. C. de prob. Deinde, quoad occupationem, Rea præsumitur potius hoc fecisse iuris sui conseruandi caussa: quam † occupandi, vt late per Ranal. in tr. de vsufruct. mulier. relicto, nume. 101. Consideratis igitur prædictis, puto & concludo, Actionem neque virtute dicti pacti, etiam omni suo respectu, tanquam inualidi, neq; secundum vel iuris dispositionem, vel allegatam consuetudinem, & d. codic illum vllatenus probatum, sicq; mortuo filio Casparo Iun. Actrices sorores, tanquam personas extraneas & remotiores ex dicto pacto (quantumuis alias in liberos vim vltimæ voluntatis habeat) ad hereditatem eius minime admittédas, & viuente adhuc proximiore, scilicet matre, illas ab intestato, de iure succedere nó posse: sed matrem ipsam omnibus præferendam esse. per l. 2. in prin. & l. filii. in prin. ad Tertyll. auth. defuncto. C. eodem. Exclusa matre & filia, siue sorore vterina, quæ in hac lite interuenit, nec cum matre simul admitti potest, Bald. in d. auth. defuncto, numero 8. licet illa secundo nupserit. §. cum igitur. versic. nequaquam igitur, auth. de non elig. secundo nub. Illa debent omitti, quia ad nostrum casum applicari non possunt. Prout vnus e collegis seq. die, quoad hunc punctum, votum suum corrigere voluit, sed superiori inclusioni inhæsit, matrem scilicet omnibus aliis præferendo.

165

166

Votum VI.

NVllitates nullæ. Actum est reali ad cófequendum vniuersa, & omnia bona, & iura, quæ penes Casparum vlt. Stephanæ filium fuerunt, eaque ex earum diuersitate pluribus, iisque diuersis actionibus in vnú quasi cumulatis, peti videntur. Ceterum ad conclusionem libelli solum respiciédo, vna actione vniuersali actum est principaliter, quæ omnes reliquas in euentum solum, & alternatim inclusas absorbeat, quæ est petitio hereditatis & successionis in vniuersum ius, quod defunctus Casparus vlti. habuit hæc, vt sustineri & recte ad nostrum casum primo generaliter intentatam, & omnem hereditarii iuris caussam, tam ex vltima quauis voluntate, quam ab intestato in iudicium deductam: id quod habet gl. & DD. in l. vlt. verb. proclusisse. C. de codicill. & in l. ex sex áte, verb. de iure, de except rei iud. Neque obstat text. d. l. fin. C. de codicill. quia hic ex testamento nunquam fuit actum. Deinde dicédum, quod nec ciuili nec prætorio iure directo, sed solum ex æquitate potius, & ita vtiliter, aut per indirectum ex voluntate paciscentium, &c. actum: Itaque nec ad institutionem, nec ad proximitatem respiciendum. Et quanquam petunt, se heredes declarari, tamen verba illa † Erben vnd Erbnemmen/ ex communi vsu loquendi nequaquam vario ad heredes, seu bonorum possessores pertinent, vt perinde sit, ac si dixisset, successionem ad se pertinere, & se in locum & bona vniuersa Caspari vltimi subintrare, & succedere debere, & bona, quæ apud ipsum fuerunt omnia ad se nunc spectare. Vt ita omnia simul includantur etiam particulari iure fortassis debita, etiamsi iam amplius in bonis aut hereditate vere non sint: cum ex illis tamen sint, secundum text. §. fin. Inst. vi bon. rapt. vt sicut † creditori debitum vtiliter quandoq; legari potest, §. ex contrario. Inst. de legat. Ita etiam in vniuerso res debita relinqui, vt per aditionem vel agnationem, confusione quodammodo facta, eodem iure censeatur & peti possit. Quod si verum, & quæ commodior sit, actionem tribuere voluerimus, dicendum potius, institutam esse vtilem quam ex testamento pro assequendo id quod per fideicommissum fuit relictum, secundum gl. in l. si donatione, Cod. de donat. causs. mort. Et gloss. 1. in l. & sine

167

168

ſine ſcriptura. C. ad Trebell. gl. l. 2. verb. perſonalis, vbi DD. e. communia. de leg. In effectu vero actũ eſt ſecundum formã. *Ferrar. in act. ex ſubſtit.* Quicquid autem ſit ſucceſſio, ſeu vniuerſa bona Caſparis, omni meliori modo petuntur, de qua intentione cum conſtat, de nomine actionis non magnopere curandum, *c. dilecti, de iudic.* eoque clauſula ſalutaris pertinet, vt ad cõſequendum effectum & intentionem, omne aliud remedium vtile, præter, expreſſum adhibitum cenſeatur. *Guid. Pap. deciſ. 263. & ibi addit.*

An intentio probata.

Circa requiſita ex parte Reæ non eſt laborandum, cum notorium ſit, eam eſſe in poſſeſſione: Ex parte vero actorum ius ſuccedendi pluribus modis deducitur, videlicet ex pactis, vltima voluntate & priuatione, ſeu Verwirckung: de quibus ſingulis videndum. Initio tamen ſeries totius negotii delineanda. Caſpar primus duxit Fridericum Anno 1487. vt patet ex Inuentario, num. 47. & ibi inſertis pactis dotalibus, eodem anno datis. Ex his nati primis ſtatim annis (qua contrahere matrimonium potuerunt, Anno 1513. vt patet ex nu. 38. & num. 107.) Caſpar, Dorothea, & Catharina. Caſparus primus ante vxorem obierat, Anno 1505. vt patet ex d. Inuentario, & inſerta ibi Quitantia litera X. Viduæ Friderici penes quam viuam vſusfructus omnium bonorum Holzemicorum fuit, vt patet ex dd. pactis, num. 38. Vltimo tandem mentio fit huius Friderici ſuperſtitis, Anno 1517. poſtea Caſpar medius duxit Eliſam poſt annũ. 47. vt patet ex pactis Catharinæ D. Caſparus duxit noſtrã Stephanam & nuptias celebrauit 14. Febr. anno 1550. poſtridie ſtatim pacta dotalia ſigillata & perfecta, eodem anno, &c. 12. ſeptembr. Caſpar Medius condidit vltimam voluntatem, qui habetur in Rotulo num. 66. litera D. paulo poſt Menſe nouembri natus eſt Caſpar vltimus. Is enim 11. Decembri, anno &c. 52. iam duorum fuit anniorum, vt patet ex num. 42. nu. 56. iuncto num. 40. Poſtea, Anno &c. 51. 20. Iunii, obiit Caſpar Medius, vt patet ex Rotulo. nu. 66. litera E. vbi Stephana vocat ad exſequias Balthaſarn vom Sthal/ & ſimul ad exſecutionem teſtamẽti ſuſcipiẽdã: vnde patet ipſam ſuſcepiſſe adminiſtrationẽ tutelæ & exſecutionẽ teſtamenti, adhibitis proximis, quod ipſum etiam conſtat, nu 32. ordine. 1. & 2. & nu. 43. & 108. Poſtea anno, &c. 56. Menſe Septembri Stephana nupſit Theineſio von Holtzheim/ vt patet ex miſſiuis. nu. 50. 51. & 52. Tutelam deinde ſuſceperunt actores. 9. & 28. Nouembris, vt patet ex nu. 32. & 48. eod. 16. 17. Vnde etiam patet, matrem a tutela non fuiſſe excluſam omnino tempore ſecundarum nupt. vt patet ex. nu. 32. in f. poſt hæc Stephana 18. Maii Ann. &c. 57. accepta donatione propter nupt. iudicialiter proteſtata fuit, & non approbando pacta, quoad argumentum ſucceſſionis, vt ex Inſtrumento, num. 109. Deinde nata iam Catharinã vterina Caſpari vltimi (vt patet ex Reſponſ. n. 25. ad defenſ. 7. 8. 47.) obiit Caſpar vltimus 7. Maii Anno &c. 59. relicta matre & ſorore vterina.

Quoad primum pactum Dorotheæ, nihil videtur probatũ intentionis actorum, quia nulla reſeruatio facta in noſtro caſu, neq; renũtiatio ita conditionalis eſt, prout aſſeritur alias, vt verbum bleibendt ipſam diſpoſitionem annexam ratione Friderici ſubuerteret.

Quoad ſecunda pacta Catharinæ, magis ſpecialis reſtrictio ad tempus biennii facit, vt ex iiſdem pactis non poſſit vlterior reſeruatio locum habere, cum præſertim generalis renuntiatio promiſſa ſit in illum caſum biennii ſcilicet.

Tertium fundamentum intentionis actorum ſunt pacta dotalia inter Caſparum Medium, & Stephanam Ream noſtram; quorum verba ſatis videntur aperta, quod ſcilicet noſtro caſu liberis in nuptiis poſt patrem decedentibus matri ſuperſtiti certa ſumma, & quo mobilium, &c. loco ſucceſſionis illius præſtanda. reliqua vero omnia ad Caſpari Medii heredes tranſire debeant, vt patet ex verſ. Neben dem iſt abgeredet/ etc. Sic igitur ex his pactis videtur probata intentio actorum.

Circa Eliſionem quartã huius probationis nõ exigua oritur difficultas ex eo, quod de iure † pacta omnia de ſucceſſione nullius ſint momẽti, & conſequẽter nec declaratio, vel approbatio circa hæc quicquam operatur; cum nullam actionem producant ſecundi pacta. *Crau. conſ. 139. num. 1. Tiraq. de iure primogen. q. 6. numer. 16. 18. & 24.* Quoad etiam obtinet de quota hereditatis, cũ nec reſtringenda ſit vltima voluntas, *Dec. gl. 613. num. 12. Menoch. conſ. num. 142. & conſ. 92. num. 12.* vbi duas affert rationes: Prima quia contra bonos mores ſit, paciſci de re aliena. 2. Quia res plena ſit ſtrictiſſimi euentus. Aliam magis generalem rationem affert, *Menoch. d. conſ. 1. num. 139.* ne ſcilicet teſtatorum ſolemnitas ſubuertatur contra. *L. nemo poſſit. d. l. ſi quis. 112. §. 1. de leg. 1.* Id quod alias dicitur, ne confundantur iura contractuum & teſtatorum, quod facile vſu veniret, ſi ſta

contractibus liceret de successionibus disponere. Idque maxime obtinet in acquirenda seu transferenda hereditate, adeo vt † ea nec iuramento † firmari possint. *Alc. in leg. pactum quod dotali. Cod. de pact. vers. quapropter solemnia testamenti.* Idem *Alc. in leg. licet, in princ. Cod. d. titul. leg. qui testamento, de testa. c. 1. de atat. & qualitat. &c. in 6.* Sed nec fauore matrimonii huiusmodi pacta sustinentur, *text. in l. hereditas. Cod. de pact. conuent. & l. pactum. Cod. de collat.* Neque stipulatione firmari possunt, sed nec valent in vim vlt. voluntatis, quod in milite speciale est, *dict. leg. licet, Alex. cons. 28. num. 5. lib. 1.* Qui milites tamen testium numero non indigebant. Sic & in † liberos, & piam caussam pactum huiusmodi sustinetur tantum iure speciali: cum nec istis casibus, testium adhibitione sit opus, *Br. in l. tale. §. final. de pact. Alex. dict. leg. scilicet. num. 6. facit. l fin. Cod. famil. ercisc.* Ergo in reliquis contrarium obtinet.

Neque etiam valent † pacta eiusmodi in vim fideicommissorum. *Decius cons. 93. in fin.* cum praesertim omnia fideicommissa † censeantur odiosa, vt quae grauamẽ heredi inferant. *Burs. cons. 51. num. 9.* Neque etiam valent in vim donationis caussa mortis, cum praesentia donatarii eo casu requiratur. Magis etiam odiosa interpretatio est, quando agitur de substitutione. *Burs. dict. cons. num. 9.* Et † substitutiones nullas fieri posse in contractibus seu pactis, tradit Menoch. *cons. 85. num 28. lib. 1.* vbi addit rationem. Si enim fideicommissaria substitutio censenda erat, sicut quae vltim. voluntatibus fit, competeret ordinaria actio ex fideicommisso, cum tamen sola personalis vtilis ex persona donatoris locum habere possit. *Couarr. lib. 1. resol. c. 14. num. 3. Dec. cons. 188. num. 19. & cons. 613. num. 2.* Ad haec quamuis de non succedendo solum ageretur, tamen iuramento opus esset, vt pactum consisteret. *Zas. dict. leg. stipulatio. numero 48. & sequenti.* Neque possum videre, quando mater legitimam habere dici possit, cum tantum acceptura sit 4000. Et iam acceperit 300. aureos ad vitam. Nam & donatio propter nuptias nihil videtur commune habere cum successione filii. Et vtrinque in confesso est, hereditatem esse opulentissimam: Cum Dorothea accipiendo 1600. ante annos 60. vix sextam partem suae portionis debitae ex paternis se accepisse dicat. Et ita vires hereditatis ad quadraginta millia se extenderent, & nunc Rea, numero 109. vix vicesimam debitae partis suae se scilicet habituram dicit ex pactis. Quare non obtinet, quod Zasius d. loco *num. 15. & seqq.* tradit, sicut & semper praesupponenda est renuntiatio: Sed neque hic pactum vllum, nec quidem nudum interuenit, cum nec adfuisse Ream, nec consensisse ex instrumento constet, neque potuit mater filiae praeiudicare, cum nec ipsa filia sibi posset praeiudicare sine aliis requisitis solemnibus. Et Zas. d. loco renuntiationem acceptam legitima tunc valere dicit, si alii adsint, quibus alias simul successuris porro illa accrescere possit. Itaque si extraneus est, qui alias successurus non erat ei, successio non acquiritur, etiamsi renuntians legitimam habeat: quia verius de acquirenda hereditate, quam amittenda principaliter ageretur: prout hoc loco factum. Accedit, quod de successione tertii agitur, & quidem † nondum nati, qui consentire non poterat, secundum requisitionem *leg. final. Cod. de pact.* Et certus modus substituendi praefinitus est patri, quem mutare ipse non potuit. Ad haec agitur hic de excludendo, non quouis alio legitimo, sed matre herede, cuius tantus fauor est, vt tacita substitutio pupillaris locum habeat, illa in medio subsistente. Sic fauore matris substitutio directa facta in testamento, trahitur ad fideicommissarium, ne mater laedatur. Minus ergo in pactis, quae per se circa haec non satis valida sunt, atque in effectu agitur de exheredatione matris, quae hodie non † minus, quam filii ex certa caussa expresse fieri debet. *Auth. vt cum, de Appell.* Maxime cum aperte fiat, cum nec ipse filius posset. Neque pacta etiam in vim vltimae voluntatis sustineri posse, videntur. Requisita enim vltimarũ voluntatum non satis sunt expedita. Qui enim subscripserant testes, illi ipsi fuerunt contrahentes, & inter quos negotium gestum fuit, & ita quasi testatoris vice functi sunt. Neque numerus etiam adest testium, quia nõ adfuerunt nisi pauci, reliquis cuique domum suam ex interuallo pacta subscribenda transmissa sunt. Quod dicit sextus actorum testis, qui interfuit ad articulum. 36. & interrog. ibid. *sed nec requisiti sunt testes*, vt vltimae voluntati testimonium perhiberent, sed tantum pactis inter coniuges, neque aliter sigillasse adscriptum est, quam als heyligs Fürwart. Requisitionem † autem testium, requiri constat ex *l. Pamphila. §. propositum, de leg. 3. Tiraquel. de priuil. piae caussae priuil. 3. ad fin.* neque † praesumitur, nisi ex ipsa vltima voluntate constet, *Alexand. cons. 70. num. 20.* Eodem vitio laborat testamentum,

Alexand. conf. 70. numero 20. Eodem vitio laborat testamentum, seu vltima voluntas, quia nec testes adhibiti, nec de subscriptione testatoris, nisi ex nuda assertione actorum constat. Igitur defectus potius voluntatis est, quam solemnitatis, & præparatio magis testamenti. Quod genus ne quidem per fideicommissum valet. *Dec. conf. 488. numero 9. & seq.* Sic parum etiam facit approbatio tam testamenti quam pacti, per Ream facta.

150 Nam † priuata scriptura per approbationem alterius priuati, non potest assumere vires voluntatis vlt. *l. non dubium. §. illud etiam. Cod. de testamentis.* Etsi approbatio eiusmodi idem operaretur, etiam Catharina recipiendo 3000. confirmasset pacta priora. Et ita hic nostra concederent. Ad hæc approbatio ista vim habet renuntiationis, ideo iisdem solemnibus debuit muniri.

Nec quicquam facit ad rem, consuetudo allegata pro his pactis. Nam nec dd. id velle videntur, de consuet. Germ. Zasius enim *dict. loco, numero 44. & num. 50.* hoc tantum dicit, difficile esse in Germania † obtinere, ne fiant, aut ineantur pacta de futura successione: sed tamen re vera nihil valere, & nullius esse momenti, Et ita dicit, sese parti consuluisse, vt ex alio potius capite intentionem suam fundaret. Et addit, sese semper improbasse eiusmodi conuentiones, & habuisse caussam in Camera, vbi coniuges se, inuicem reciproce instituerant. Et si adeo notoria consuetudo fuisset, non opus erat, constitutionem peculiarem ea de re promulgari per electorem Saxoniæ. Sed nec in istis partibus consuetudinem illam notorie receptam, probatum est vel probari potuit. Nam clausula, quæ habetur in extractu *num. 95.* non de successione vniuersali, sed de bonis ad lineam, vnde profecta sunt, reuersoris agit, & ita successio manet integra: reliqua vero nusquam loquor, quod sortitæ sint effectum, vel sine contradictione paritum, aut in contradictorio obtentum. Imo contrarium potius constat ex testibus.

Nam testis 2. actorum ad 23. Interr. tres casus recenset secundi, in quibus transactum est. Et testis vlt. Reorum dicit in casu per actores allegato, viduam nihilominus mansisse in bonis. Quare nec facile ad probationem consuetudinis admittendos actores putarim. Ex quibus & aliis intentionem actorum elisam dici poterat, &c.

Verum his non obstantibus, hoc pactum nostrum seu dispositionem aliquo modo saluari posse crediderim. Nam iuris theorica supra allegata, nequaquam adeo obtinet, vt † nullo penitus modo per pactum, & in pacto, vel contractu, fieri possit, quod quis alicui post mortem succedat, & bona ad certum quendam quasi successorem perueniant. Nam, vt pacta secundi prohibita, debeantur, diligenter inspicienda sunt verba contrahentium. Si enim ea directa sunt, simpliciter ad bona ipsa, vt post mortem quis habeat, & consequatur vel promissum sit de faciendo herede aliquo, quo casu locum habet d. regula. Si vero verba seu promissio directa non sit ad bona, sed in persona promittentis, vel eius heredis, & non per modum successionis, sed potius per viam contractus proferantur, tunc conuentio consistit statim in vita, sed post mortem demum, & in persona effectum sortitur, aut saltem a persona heredum initium capit. *Bursat. conf. 136. numero 5. 6. 7. 8. 11. & 12. vbi plures allegat, Boer. decis. 355. decis. Pedemont. 100. numero 24. & sequen. Dec. conf. 578. numero 8. & conf. 655. num. 11. Cagnol. leg. fin. numero 213. & 219. Cod. de pact. Cranet. conf. 139 numero 2. vers. sed præmissis Alexand. conf. 28. numero 8. lib. 5. Oldrad. conf. 139. numero 1. Menoch. conf. 149. per leg. 1. vt actio ab her. §. post mortem. Inst. de inutil. stip. leg. si quis argentum. § si quis vniuersitatem. Cod. de donat.* Nostro autem casu, siquidem pactum dicendum est, non actum fuit de successione futura, neque de bonis directo ad alium transferendis, atque ita, vt actores heredes sint, sed præsupponitur mater heres esse, & successisse, eoque nomine pro recompensa pretii quasi loco für solchem Fall / accipere certam summam iubetur, & aliis cedere bona, quod necessario præsupponit habitum.

Facit quod non versam in terminis nudi pacti, sed dotalis, & proprio tractatu prolixo initi, prout dicitur, ist abgeredt vberkommen / betheidingt / vnd beschlossen / etc.

Quo casu si † stipulatio accessit, valet pactum de successione futura, & quidem sufficit, si dictum sit promitto: quia præsumitur præcessisse interrogatio. *Guid. Pap. conf. 31. numero 1. & conf. 214. numero 5. Boer. dict. decis. 355. numero 3. 2. 5. Iul. Clar. de donation. quæst. 19. Oldrad. dict. conf. 139. in prin. Emanuel, Soarez communè dicit inter alios, verb. donatio. numero 184.* Prout & facilius sustinetur fauore matrimonii, cui accedit *Cranetta. conf. 256. nu. 2. Menoch. conf. 92. numero 49. & conf. 1. numero 162. & conf. 165. Tiraq. de iure primog. quæst. 6. numero 8.* Minus etiam

151

152

153

dubium habent pacta nostra, cum expresse reseruata sint ibidem, de quibus paciscens testamenti factionem habuit, videlicet omnia acquisita stante matrimonio, & ita tantum de certis bonis præsentibus actum est, de quibus † dubium nullum est, quin pacisci ita liceat. *Bru. cons. 9. n. 10. Rom. cons. 4. sentent. verb. donat. quæst. 19. in prin.*

Nec obstat, quod ex euentu vniuersa bona eorum pactis deferri poterant. Videlicet testamento non facto postea, aut si nihil fuerat forte acquisitum: sufficit enim initio tempore contractus non priuari paciscentem facultate testandi. *Burs. d. cons. 136. num. 11. per ibi all.* Sic donatio omnium bonorum post mortem valet, vt inter viuos: quia interim non prohibetur donator testamentum facere: ita tamen, vt heres detracta Falcidia, donatario reliqua restituat. *Clar. de donat. quæst. 19. numero septimo Bursat. dict. cons. numero 97.* Accedit quod pactum nostrum, quatenus pactum est, principaliter agit de amittenda successione, non de emittenda, quæ per indirectum tantum accedit pacto. De amittenda autem successione longe facilius est contrahere, cum non id sit contra bonos mores. *Alexand. l. pactum quod dotali numero 4. post Br. Cod. de pact.* Ad hæc matri non vsque adeo debita hereditas filii, vt quæ tantum ex commiseratione admittatur, sicut nec filii consentur eo casu agere, de damno vitando potius, quam de lucro captando. *Emanuel Soarez in com. opin. verb. hereditas numero 2.* Accedit, quod nostro casu is, de cuius præiudicio agebatur, & qui poterat pro arbitrio pro ea successione disponere, non tantum præsens adfuerit, & consenserit, sed & expresse se declararit, quod nolit matrem amplius habere certa summa.

Respond. Igitur in toto excludere potuit matrem, multo magis potuit in parte. Et ita si dicatur de tertii successione, filii scilicet, valebit pactum ex *leg. fin. Cod. de pact.* propter consensum filii.

Verum quatenus actores nostri ex pactis his intentionem suam fundant, eatenus pacta dici nullatenus possint: cum nec ipsi, nec Rea nostra, quod ipsa contendit, & fatetur, adfuerint, neque vnquam consenserint. Itaque duorum consensus in idem placitum dici nequit. Et sic, qui adfuerant nihil amplius addunt, vel detrahunt negotio, quam inutilis stipulatio adhibita dotis promissioni, vt est *in leg. 1. in princ. Cod. de rei vxor. act.* & adhibiti fuerunt non vt contrahentes, vel arbitratores, sed verius vt testes: cum iam longe ante omnia disposita, & in mundum pridie redacta, quod patet ex testibus, sicut nec illorum negotium agebatur vllatenus, sed de actorum absentium emolumento. In aliud igitur genus & nomen vltimæ scilicet voluntatis transire dicendum, cum & negotium ipsum, & verba dispositionis non solum non repugnent, sed id actum esse, manifeste ostendant. Actum siquidem quæ Iun. Anno, &c. 88. est, non de obligando aliquo, sed de bonis post mortem transferendis in actores: neque vero obligatio interuenit etiam respectu Stephanæ, ex qua successio debeatur, non magis, quam si heres minus solemni ex testamento promittere testatori legata soluere, quod ipsum effectu sortitur, non vt ex obligatione, sed ex vltim. voluntate. *Soarez. verb. heres numero 38. & sequen. per text. leg. vltima. Codic de fideicommiss.*

Quin etsi † pactum de successione esset, tamen interpretatione inuandum, ne pereat. *Alexand. cons. 83. numero 17. lib. 2.* Cum præsertim nouum non sit, vt fragt contractus † effectum, & naturam vltim. voluntatis sortiantur, *leg. fin. Cod. de pact. vbi Ias. numero 12.* sic † donatio causa mortis contractus simul est, & vltim. voluntas. *Clar. de donat. quæst. 5.* Et si absenti † fit, valet vt fideicommissum, etiamsi omnium omnino bonorum sit, *Dec. cons. 196. numero 11. Soarez communem asserit. verb. donatio, numero 273. & sequen. & numero 279.* sicut & donatio † secundi extra testamentum facta, ob testes adhibitos vim habet fideicommissi. *Cranet. in repet. rubr. de leg. 1. numero 142. 151. 167* vbi in terminis tradit, quod pactum etiam contra substantiam actus adiectum transire in alium actum possit, & aliud nomen sortiri, si natura & verba patiuntur, scilicet vt actus inter viuos resoluatur in vltimam voluntatem.

Nihil igitur obstat, quia pactis inutiliter data successio propter numerum testium ita sustineatur. Duabus enim qualitatibus † concurrentibus, præualet ea, quæ vtilis est, *Mascar. de prob. conclus. 926. numero 23. & seq.* Minus enim difficile est, vno contextu plura diuersa circa diuersas res & personas coniungere, modo ne plane inuicem contraria sint, vt ita non per modum pacti, seu, quod perinde est, per pactum successio debeat deferri, sed in pacto, seu simul cum pacto vltimæ voluntatis dispositio circa alias fiat, quæ tantum abest, sibi inuicem vt aduersentur, etiam maximam cognationem & symbolum, quod aiunt, habeant, quod præte-

191 ter iam dd. liquet etiam ex eo, quod † approbatione contractus etiam testamentum continetur. *Crauet. d. rubr. numero 33. post Dec. cons. 660. numero 10. Afflict. decis. 260. numero. 9. per text. in l. eand. rem. Cod. de duobus reis.* Sic vice versa pactum 192 præsertim † dotale supremum dicitur iudicium *in text. l. dotale pactum 40. §. fin. de pact.* Sic in testamento fieri potest contra-193 ctus, † qui valeat, obliget, & probetur vt contractus. *Decius cons. 195. numero 3. Rom. cons. 193. numero 2. Couarr. parte tertia, de testamen. numero 16. Bl. in l. cum antiquitas. Cod. de testam.* Nihil igitur vice versa videtur prohibere, quo minus et-194 iam † vltima voluntas simul cum contractu perfici possit, præsertim in his, quæ symbolum habent, vt d est. de pactis dotalibus, de quibus id in specie traditur per *Wesemb. cons. 71. numero 26. & cons. 11. n. 28. & in paratit. de pactis dotal. post DD. in leg. dator. Cod. de donat. & l. fin. Cod. de don. inter. vir. &c. Crauet. cons. 159. numero 10. Ias. in leg. licet, numero 15. Codice. de pactis. Schurff. cons. 6. Cent. 1. per tot.* Vbi omnes concludunt, si quinque testes fuerint ad-195 hibiti, haberi † pro vltima voluntate. quod ipsum quoque constitutionibus electoris Sax. generaliter constitutum est, *con. 43. libi 2.*

Quinimo id & generaliter in pactis obtinere volunt, *Cyn. post cons. 1. in dict. leg. licet. ibid. & Wesemb. dict. cons. 71. numero 37. & 40.* In specie vero substitutiones 196 scilicet fideicommissarias † fieri posse in contractibus, vt acquiratur absenti, tradit Crauetta. *numero 8 per plura ibi allegat. & cons. 16. & cons. 130. numero 11. Dec. cons. 244 numero 4. decis. Pedemont. 85. numero 7. Cephal. cons. 511. numero 11. Brun. cons. 136. in fin. Menoch. cons. 85. numero 29.* Qui licet in præcedentibus diuersum alleerat, tamen quos allegat, & ego vidi, forte agant de directa substitutione : quæ 197 † non saluetur per modum fideicommissi. Six. Alex. & Ias. *leg. qui Romæ*, id solum dicunt, quod in casu *dict. leg.* non sit facta secundi substitutio : sed pactum & venditione mutua, seu reluitione sub pœna.

Prout nec obstat, quod plerique iam allegati de particularibus solum agant fideicommissis : Nam Gabriel idem de vniuersalibus dicit. neque inter ea differentia constituenda est, cum neutro casu fideicommissarius efficiatur heres, (qui solus in hac re sit scrupulus) *Leon. in tr. sub. in princ. numero 86. 109 per leg. postulante. §. fin. ad Trebell.* Accedit natura fidei-198 commissorum † quæ per se fauorabilis est : licet enim eatenus odiosa censeatur, quia onus infert, ideoque non extendenda, tamen semper ita † interpretanda, vt susti-199 neantur fideicommissa, & eo respectu fauorabilia sunt maxime. *leg. cogi. verb. in antiquo, ad Trebell. Crau. cons. 208.* Facit, quod fideicommissa † ideo potissi-200 mum inuenta, vt relinqui possit quæuis, alias non poterat, *text. §. 1. Institut. de fideicommiss. her.* & quidem modo minus solemni extra testamentum : ita, vt si testamentum etiam ratione solemnitatis non subsisteret, tamen hoc pacto sustineretur voluntas. *cons. auth. ex caussa in fin. Codice, de lib. præter. §. præterea in testatis, in fin. Instit. dict. titul.* Sic & si præteritione testamentum nullum reddatur, seu agnatione ruptum, clausula † codicillaris seu fidei-201 commissaria suas retinet vires. *Bl. cons. 14. in fin. cons. 36. numero 3. lib. 3. & cons. 170. numero 2. lib. 5. Soarez verb. fideicommissum. numero 110. & verb. heres, numero 35. Br. leg. 1. de vulg. Vigl. §. liberis numero 6. Instit. de pupill. substit. ut.* Vt quæ in omnem casum etiam in estati addita censetur. *Bl. dict. cons. 170. numero 3.* prout etiam ex imperfecto testamento heres † ab 202 intestato (licet non possit institutus) prægrauari fideicommisso. *Alexand. cons. 70. numero 17. lib. 2.* Quare fideicommissum † etiam epistola, libello, siue scriptu-203 ra, & nutu relinqui potest, solum adhibitis testibus (& aliud fere simul agendo.) *text. l. & in epistola C. de fideicommiss. &c.* Similiter contractibus *Decius cons. 63. numero 4. cons. 145. numero 7. 8 Crauet. cons. 19. numero 8 cons. 130. ad fin. Ferrar. dict. libello ex substit. verb. fideicommisso Soc. leg. qui Romæ. §. coheredes, numero 19. de V. O.* Sic per promissionem (quæ contractus est) testatoris extra testamentum vel codicillos. *leg. in tacitis. vbi Br. de leg. 3. & in leg. 1. in fin. Codice, de delat. leg. non intelligi. 1. §. tacitè, de iure fisci*, cumque ab intestato relicta huiusmodi censeatur, neque fideicommissarius heres fiat, nil attinet disputare, an pactis successio seu hereditas relinqui possit.

Fideicommissum autem hoc nostrum esse, dubium non est, † cum nullo negotio 204 ad verbum *restituas* reduci possint verba. *§. extraneo. Instit. de pupill. leg. generaliter. C. de instit. & substit. leg. restitutio. leg. ex facto ad Trebell. Bl. cons. 272. numero 3. lib. 2.* Imo verba aperta sunt, & factum tertii heredis ab intestato requirunt, vt *finat, patiatur, permittat, seu cedat bona aliis.* Cum sufficiat † verba non esse directa ad hono-205 ratum, ita, vt ipse quasi a se capiat. *Crau. dict. repet. rubr. de leg. 1. numero 185.* Præ-

supponitur enim vt supra d. matrem immediate successisse, a qua redimantur bona, & quæ refusis prius certis, &c. bona relinquat, (quæ habitum præsupponit:) & locum det aliis. Quo pertinent verba, soll als dann/ &c. Et quæ in relata hic clausula superiori exstant, vt scilicet in bonis maneat, donec plene sibi satisfactum. Neque minus heres manet mater, & vtiles tantum actiones ab ea transeunt: quia certam summam seu rem destinatam recipit. *text. §. si quis vna re, Inst. de fideicommiss. here.* Prout nec obstat, quod a fideicommissariis quid percipit: Idem enim in fideicommisso fieri potest, *text. leg. fideicommissa. 11. §. cum esset, de leg. 3.* Sic quo minus directa substitutio sit, faciunt verba conditionis: *Si ante matrimonium decesserint*, quæ ad pupillarem substitutionem inepte applicarentur, & ad dispositionem faciant onerantem, non potest eadem esse honorans, sed vniformis sit determinatio, vere est. Ita *Bl. leg precibus numero 47. & conf. 175. numero 5. 6. lib. 5.* Pro qua interpretatione in fauorem actorum, vt sustineatur dispositio, facit naturalis æquitas, cum perexiguo recepto dotis nomine reliqua omnia a se dimiserint sorores. Non parum etiam vrget vltima illa voluntas, quæ non voluntatis, sed solemnitatis solum defectu laborat, (quod in confesso vtrinque est, imo Rea ipsa perinde, ac si nullam plane dubitationem dispositio illa admitteret, alia omnia præstitit, & erogauit) quod genus voluntatum magis, quam alia quæuis imperfecta, *Rom. conf. 179. numero 22.* interpretationem & declarationem præcedentibus præstat efficacem. Sic cum pactum est de successione tertii consentientis, id validum est, & vires sortitur, vt vltima voluntas sit ex eo solum, quod tertius ille postea animum mutasse non probatur. Magis igitur etiam voluntas vltim. prior æstimanda ex hac sequenti expressa, quæ præsupponit non pactum obligatorium fuisse, quod quia mutationi non obnoxium, sed confirmatione indigeat. Alias enim si non potuisset, nolle valere, & frustra voluisset quasi confirmando seruari. Facit, quod habet codicillis, testamentum robur nullum accipere potest, tamen si pater testamento per agnationem rupto, & sublato quasi postea literis omissis præcedens iudicium illud confirmauit, priori voluntati clausulam codicillarem adiecisse, vt per modum fideicommissi valeat, censetur. *leg. 1. Codice de codicill.* (cum igitur vltim. voluntas vere sit, & eo sufficienti testium numero firmata: (qui alias † actum inter viuos transire in fideicommissum facit. *Crauet. conf. 139. numero 11. per ibi allega. glos. leg. 1. Codice, de donat. caussa mort. Br. leg. 1. eodem Rom. conf 513. Dec. conf. 184. Ripa. leg. 1. §. si quis morti. Quorum bonorum*:) dubium nullum restat, quin intentio auctorum eatenus sit fundata.

206

Quinque enim testes simul pactis adfuisse ex eo solum liquet, quod tantum duo adfuisse allegantur per Reos: idque verisimilius reddit tempus nuptiarum, quo illa peracta sunt.

Quibus sic stantibus non difficile ad ea, quæ in contrarium sunt adducta, est respondere, cum & pactum non sit, sed vltima voluntas, neque directo de successione, imo nihil de hereditate disponat: cum fideicommissarius heres non fiat: Et parum ad rem facit, quod actores heredes in pactis appellantur, id enim verbum, quomodo in † vernacula nostra lingua communiter vsurpetur, nulli est obscurum, pro omnibus, verum qui quouis modo ad bona defuncti perueniunt, vel etiam, qui nobis iam morientibus futeruntiure proxim'tatis successuri. Ita etiam Bl. quasi in terminis heredem esse eum dicit, qui non adiit, sed prius obiit. *conf. 170. ad fin. lib. 5 post leg. Lucius. 90. §. filiam, de leg. 2.* Qua eadem ratione *Zas. respon. 1. lib. 1. numero 3. post conf. successor, Inst. de eo, cui libert. caussa bon. add.* heredem eum dicit, qui neque ex testamento, neque ab intestato succedit, & ibid. numero secundo, vltimam voluntatem inueniri tradit, quæ neque testamentum, neque codicillus, nec donatio caussa mortis sit, *per glos. not. leg. & licet in fin. Codice, de pact.* Sic & verbum † succedat, quod est Erben/ cõmune est, etiamsi ad substitutum dirigatur, ita succedat ei in hereditate: (*si sine liberis*) quæ licet singula emphasin habeant, vt directa censenda sit: tamen matrem non excludunt, sed † fideicommissaria perpetuo vniformis censenda, *Bl. conf. 175. in princ. & numero 5. lib. 5. & conf. 398. numero 1. conf. 359. numero 1. & in terminis 9. conf. 392. nu 1. lib. 4. Ceph. conf. 16. num. 2.* Neque sane illud verbum enunciatiuum totam actus substantiam subuertere debet, vbi non minus etiam exprimitur, successionem ad matrem delatam, quæ alias inuicem contraria erant.

207

208

209

Nec obstat *lex. hereditas. Codice, de pact. conuentis.* Hic enim non id actum fuit, vt valeat dispositio loco seu vice testamenti, & inde ex inde hereditas transferatur directo, sed ab intestato per fideicommissum restitu-

restitutio fiat. Imo nec vllum pactum eo respectu dici potest interpositum, *vt supra dict.* quod ipsum etiam responderi potest, ad *leg licet. Codici de pact.* Neque refert, speciali militum fauore pacta illa, & tamen non nisi in vim vltimæ voluntatis valere dicuntur. Nam & militum interesse, ne illarum contractus, & vltim. voluntas inter se confundantur. Si enim vt pactum fuerat, sustinendum illorum placitum, iam non licet deinde recedere, & mutare arbitrium. Vltima vero voluntas dici directe nequit, quæ nulla interuenit, & ab aliis pacta separata sunt: Itaque vim vltimæ voluntatis solum obtinere & sustinere dicitur, vt in aliam dispositionem per modum fictionis: (fauore militum) transeat pactum illud, de directa successione initum. Quod si a pagano directo ita fuisset initum, nullius erat momenti, quatenus numerus testium adhibitus foret. Id vero nihil obstat, quo minus paganus per indirectum & fideicommissum de restitutione bonorum post mortem facienda in pacto (imo cum pacto) disponere quid possit, testibus adhibitis, vt, qui in militis directa dispositione fauor specialis, id in pagani obliqua illis numerus testium, & iuris communis obseruata solemnitas operetur: & obstaculum ex pacto exortum aboleat, & obliteret. Quod idem etiam de patris inter liberos dispositione dicendum.

Quod vero Zasius *numero* 50. tradit, nullo remedio dissolui posse doctrinam eam: quod non nisi testamento dati, vel adimi hereditas possit, id de directa dispositione & translatione solum accipiendum, aperte colligitur ex exemplis ibi subiunctis, & ex ll. quas allegat pro illa sententia firmanda, scilicet *leg. Scæuola* 76. *ad Trebell. & §. penult. Inst. de Codicill.* vbi apertissime textus habet, id per indirectum fieri posse codicillis, &c. frustra enim quæritur, an obligari hæc voluntas debeat vel possit, cum directa non sit, vel esse queat vllo casu, &c.

Ita nec confusio contractuum & vltim. voluntatum sit, etiamsi de successione simul, non per modum pacti, sed vltim. voluntatis solemnibus adhibitis dispositum quid sit, a quo integrum semper sit postea, recedere, nec obligationem vllam pariat prout nec successio vlla ita transfertur, sed tantum vtiles actiones, ex S. C. Trebell. transeunt, manente herede illo, qui restitutionem facit.

Neque etiam obstat quod Menoch. *cons. 85. numero 31.* tradit, non posse ordinariam fideicommissi actionem competere, cum tantum locum habeat personalis vtilis. Nam præsupponit contractum seu donationem præcessisse, & illam ipsi quasi substantiam additam. Hic vero ad matrem nihil ex contractu peruenit, in qua substitutio fiat, sed tacita quasi ex vltim. voluntate patris ab intestato succedere præsupponitur, secundum *leg. conficiuntur, de codicill.* neque ipsi, sed filio nondum nato substitutio fit in iis, quæ per successionem legitimam a patre ad ipsum deferenda fuerant. Neque video ego, cur non etiam vtilis actio, quasi ex testamento, ex substitutione fideicommissaria, competere debeat, *secundum glos. 1. Codice, de donat. caussa mor. maxime cum glos. leg. 3. in pr. de leg. 3.* quod scilicet in donatione inter viuos substitui nequeat, reprobatur per plures, quos refert & sequitur Br. ibi & Bl. *leg. filii. Codice famil. ercisc. per l. sequens quæstio, de leg. 3.* Sed nec renuntiatione matris opus fuit, cum pater illam pro arbitrio vel directo omnino, vel fideicommisso pro maiori parte excludere poterat. Sic & fideicommissum regulariter non inter bona grauantis efficit, in quibus mater nullum ius habuit, vel habere potuit. Et si quid ipsi debitum fuerat, ad id alia ratione nihilominus deuenire poterat. Et ita etiam corruunt, quæ de exheredatione matris non facienda, sine caussa adducta sit, cum vtique heres præsupponatur, per quem restitutio facienda. Itaque non nisi pro supplemento legitimæ illi querela competebat, neque ideo omnino infringenda voluntas defuncti. Actorum etiam præsentia opus non fuit, cum absentibus fideicommissio acquiri nihil impediat. Neque etiam casus noster conuenit *leg. fin. Codice, de pact.*

Non enim duo hic de tertii absentis successione paciscuntur, sed tertio absenti relinquitur per patrem, qui habet de suis, quæ filii bonis disponere per modum etiam fideicommissi poterat; vt ita consensu filii opus non fuerit. Consensus vero, matris siquidem accessit, non magis infirmat dispositionem, quam si heres testatori, post mortem certa legata, vel fideicommissa soluere promiserit, de quibus toto *tit. de fideicommiss. here. Inst. vt supra dict.*

Testes, quod transigendo etiam operam impendunt, non ideo minus idonei sunt, cum negotium ipsorum nullum gestum sit, & nemo magis commode testium de actu perhibere poterat, *argumento legis Domitius de testament.* Quanquam diu ante nuptias interuentu parochi facta &

transacta omnia, & tunc in mundum redacta solum, sigillata & subscripta, & sane testes instrumento scriptos non adfuisse, meridiana luce clarius fuerat probandum. *Masc. de prob. lib. 1. quæst. 6. numero 49.* Hic vero vnus solum testis aliquos indefinite non affuisse affirmat, quam facile in duobus illis, qui negantur interfuisse solum, a Rea verificari potest. Requisitio specialis requisitum est ex solemnibus testamenti. Et sufficit hic constare de animo deliberato disponentis post morte, cuius vnius probandi caussa testes adhibentur. *Masc. conclus. 493. in princ. Tiraquell. de privil. piæ caussæ. privil. 3. ad fin. fac. l. fin. C. de fideicommiss. & lex. fin. Codice, de codicillis.*

De vltima voluntate subsecuta iam ante dixi, quod non ipsa robur præstet, sed tantum priorem declaret, quod vltima voluntas fuerit & adhuc sit: atque tot insecutæ approbationes per Ream, non patiuntur, vt ratione voluntatis in dubium reuocetur, † nec potest dici ignota contentorum, cum penes se tam diu habuerit. *Mascard. cons. 780. numero 8. & cons. 915. volu. 2 leg. Aduersarii. Codice, de fide instrumentorum.* Et post aditionem quiuis heres censetur † omnia scire, quæ testamento continentur. *Masc. cons. 45. numero 54. & concl. 849. in princ.* Nec refert, quod separatus hic punctus & casus alius sit.

Non ideo enim minus tota voluntas quasi approbata dici potest. Quia tamen ipsa approbatione non magnopere opus fuit, cum sufficiat, quod non constet de mutatione subsecuta voluntatis. De consuetudine frustra quæritur; cum iure communi vtatur, & in primis id inspiciendum, quod actum est & dispositum.

Concludo igitur pactum nostrum, quoad successionem hanc vim vltim. voluntatis habere, & per modum fideicommissi valere, sustineri iure posse, & debere, neque ita etiam restitutionem faciendam & iniungendam Reæ. Quæ autem præterea ab actoribus afferuntur, cur Rea omni emolumento priuanda, & indigna sit, ea nihil decisionis nostræ tenorem mutare arbitror. Quanquam enim prima fronte speciem aliquam habeant, quæ dicuntur, quod secundas nuptias, non petito prius tutore, nedum rationibus redditis, aut reliquis præstitis, contraxerit, ea tamen ad pœnam huiusmodi infligendam non sufficiunt: simul enim probandum fuerat, quod mater tutelam susceperit rite, & administrauerit. Quam enim non suscepit, illam spreuisse, aut contra fidem officii se gessisse, transeundo ad secunda vota, dici nequit. Quo nomine † potissimum pœna locum habet. *Dec. cons. 590. numero 5. Gabri. lib. 3. titu. de secundis nupt. concl. vltim. numero 27.* neque ab actore in speciem fuerant probanda. *argum. eorum quæ dicit Alexand. in simili cons. 185. numero 10.* Neq; illi probatio videtur obtrudenda, quod minor fuerit, cum delictum aduersarius vrgeat, & pœnam exposcat ex illo, quod simpliciter, & omni casu delictum non est. Igitur posito minorem administrasse, & postea maiorem factum secundo nupsisse, non petitis tutoribus, non cadit successione, *Bl. l. omnem numero 9. Codice ad Tertull.* Verum caussa non plene cognita tutelam & fere suscepisse, patet ex eo, quod actores initio statim exsequendo testamento, & rebus peragendis adhibuit. Qui ipsi sese profitentur, & nominant postea angeborne Vormünder (52) ord. 17. (66.) litera C. quo casu dationis locus non est. Ad hæc illi ipsi rationes nullas ab illa exegerunt, quod omissa non præsumuntur. Si vero suscepisset & gessisset, aut si omiserat, eodem erim. damnandi, & partes Reorum præualebunt, pari in commissis. Magis autem excusatur † mater a pœna hac, quia non inuito marito, sed imo expresse in pactis, quasi permittente, ad secunda vota transiit, quod sufficit tacite permissum. *Gabriel. dict. cons. vltim. numero 41. & concl. 1. de Tutel. numero 80. lib. 6.* Nam maritus illi eo casu certo quidem dari voluit, adeo quidem, vt non teneatur prius bona a se dimittere, quam omnia percepit.

Alia excusatio matri ex eo præbetur, quod filius substitutum habuit, ad quem sicut successio præcipua deferenda, ita de tutela prospicere pupillo debuerat, *Gabr. dict. conf. 1. numero 66.* cum mater solum legatarii quasi vita sit, & singularis rei spem habuit, *Gabr. ibid. numero 24. cum seqq.* Facit quod quauis alia ex caussa facile mater excusatur. *Nicol. de vbald. tamen de success. per 2. numero 14. & 17.* Itaque quicquid sit, etsi ponamus matrem priuandam, tamen non ad actores, sed † proximam gradu vterinam successio deuoluta erat. *text. leg. 2. in fin. ad Tertyll. auth. ex testamento. C. de secundis nupt. Bl. cons. 408. in fin. lib. 5. gl. leg. sciant. de leg. here. Alexand. leg. ad optimam. §. patronum. numero secundo tertio, de in ius voc. Gabr. dict. 2. concl. 1. in prin.*

Et

Et filia suo iure, non ex persona matris venit. Ideoq; non obstat, quod superstes exclusa. *glos. leg. Diui de iure patron. & leg. emancipatum. §. fin. de senat.* Et ita nihil actoribus accessisset.

Minus deinde obstat Reæ, quod bona occupauit.

Nam actores suo nomine possessionem nunquam adepti: neque eam post mortem pupilli animo sibi mature potuerunt, quia tutela & administratio exspirauit, tam actorum, quam parochii, a quo Rea claues recepit, ante principis prohibitionem directam solum in futurum, & optimo iure heres bona vacantia occupauit, vt ex manu ipsius fideicommissarius eadem reciperet post plenam demum solutionem 3000. secundum expressam dispositionem testatoris. Imo fideicommissarius 115 † ante restitutionem nullum ius in bonis habet, & propria auctoritate (nisi expresse testator permiserit) occupando iure suo cadit. *Caph. cons.* 188. *numero* 34. *seq. Dec. consi.* 438. *accurate per leg. non est dubium. Cod. de leg. Ioh. dilect. Duram de arte testam. lib. 5. Cautel.* 32. *numero* 1. 2. 3. neque vllum remedium habet ante restitutionem. *Burs. cons.* 198. *num.* 1.

Stat igitur sententia nostra, actorum intentionem eatenus probatam, nec elisam, vt ipsis fideicommissariis hereditas ex Trebelliano restituenda sit, & eatenus Rea condemnanda.

Quid vero in restitutionem hanc veniat, quidque detrahendum matri sit, plures sese exserunt difficultates, ob diuersitatem bonorum, personarum, & non satis plena dispositionis via, vbi in primis discutiendum. *An ab ipso filio pupillo, an vero ab eius herede, matre, fideicommissum relictum sit, vt cognosci possit, qua bona patris esse omnia affecta sint, & restitutioni subiaceant, & an legitima & Trebellianica detrahenda & quatenus*: Item *quid de fructibus dicendum.*

Et prima facie videbatur, hoc fideicommissum, non ab ipso filio, sed ab eius herede, scilicet matre relictum: & hinc, non illi restituendi onus iniunctum ex verbis dispositionis, sed vnus tantum petat non a matre, sed filio potius relictum. Quatenus non matris mentio fit, non caussa honorandi, aut grauandi ipsam restitutionem, sed magis excludendi omnino a successione sit, vt non nisi exiguum, quod ipsa, non a filio, neque ab eius hereditate consequatur, sed ab aliis quasi heredibus filii seu testatoris: idque in certa quantitate, non quota hereditatis, & non tam pro hereditate, quam loco & vice iuris aliis sibi deferendi: neque instituere iubetur ipse, sed tantum promittere, vt alii succedant filio, & ius, & relicta bona occupent, quasi suo iure quodammodo retineat secum bona, vt heredes maturius adigat ad solutionem, & quicquid facti matris interuenit, nudu solummodo ministerium sit, non suo, sed filii nomine, non suis ad se dotatis, sed de filii ad alios transferendis per matrem: sicut & matris mentio. Ideo solum facta videtur, vt non directa, sed fideicommissaria substitutio sit, quæ sustineri possit, vt partes censeantur, sese accommodasse iuribus, & ita disposuisse, vt actus potius † valeat, quam 116 pereat. *Clar. de testibus, quæst.* 72. filii vero mentio satis sit, dum dicitur, mortuo filio, &c. soll matri nicht mehr kommen/ videlicet a filio. Quæ limitatio & exclusio matris reliquos vario eodem modo includit, & quidem, vt omnia ad eos a filio perueniant vnd auff sie kommen/ qui & occupent matris permissu omnia reliqua.

Atque posito, verba esse indefinita, & dubium, an filius vel mater fideicommisso grauata sit, sicuti ad matrem expresse directa dici non possunt, & adhuc communior opinio dicitur, quod a filio censeatur † relictum, non a substituto. *Ripa in leg.* 117 *centurio numero* 26. *Et Gabriel numer.* 49. *teste Claro. d. quæst.* 72. *de vulg. & pupil.* vbi ipse fatetur plerosque pro contraria opin. allegatos, id non dicere aut velle. Nostro vero casu, vbi modo interuenit, nulla videtur dubitatio, quin in dubio grauatus censeatur filius, non eius heres, mater, prout communem eam dicit in nostris terminis, & quidem fortioribus, vbi Ecclesiæ relictum fuit fideicommissum, *Francisc. Aret. cons.* 155. *ad fin.* Quo facit, quod alias coniectura tacita † vel dubia substitu- 118 tio contra matrem in medio existentem nunquam operetur aliquid. *Burs. cons.* 19. *numero* 1. 14. 18. *post Oldrad. cons.* 142. *Bl. cons.* 12. *num.* 1. *lib.* 2. & *cons.* 175. *num.* 4. & *l.* 7. *lib.* 5.

Concludo ergo a filio relictum fideicommissum, quo stante, sequitur, non pupilli bona, sed tantum testatoris restitutioni subiacere. Ita in specie *Ias. in leg. si Titio.* 95. §. *fin. numero* 15. 16. & 30. *de leg.* 1. & *Ias. in leg. ex tribus, numero secundo & tertio. Codice. de inoffic. testamento. Bl. cons.* 203. *in princip. lib. tertio.* Sicut regulariter fideicommisso non grauati, sed grauantis bona afficiuntur. Et grauauti, non

219 grauato † succeditur in iis solum, quæ grauatus iudicio testatoris accepit, quod in omnibus priuilegiatis substitutionibus, etiam militis locum habet, *text. leg. centurio, 16. l. coheredi. 41. §. filia. in fin. leg. sed si plures. 10. §. ad substitutos. de vulgar. & pup. Leon. in tr. de substit. numero 69. & sequen. Menoch. cons. 135. numero 9. lib. 2.* Wes. *cons. 94. numero 20. Ferrar. in dict. form. libelli, ex substitutione, verb. pupillariter. numero 16. Cranet. cons. 202. numero 1. & cons. 24. numero 12.* Et faciunt verba dispositionis, quibus actores suos dicit heredes, non etiam filios in simili arguit, *Bl. cons. 272. numero 3. & 4. lib. 2. Aret. d. cons. 155. decima columna.*

His præmissis. itaque de suis etiam videtur disposuisse, cum præsertim postea regulariter dicit, die vbrigen Haab vnd Güter. non addendo cuius, neque hic extendenda voluntas non expressa: cum specialis modus iure præfinitus sit, filium grauandi, & excludendi matrem. Ex his igitur bonis Caspari medii ante omnia 220 detrahenda † venit legitima filii, quam ad matrem transmiserit sine omni onere. *Bl. cons. 39. lib. 1. numero 4. Gabr. concl. 1. titul. de legit. numero 34. lib. 6. Clar. quæst 72.* Maxime cum mater ex persona sua legitimam in vniuersis bonis habitura fuisset: qua sola ratione Dd. legitimam extraneo competere volunt, legitimam 221 † autem hanc tertiam esse, dubium non est, siue de legitima filii, siue matris agamus. *Alexand. cons. 140. in fin. lib. 1.* Sicut 222 & legitima † parentum non magis prohiberi a testatore potest, quam filiorum, *Guid. Pap. quæst. 478. Gabr. dict. cons. 1. numero 17.*

Quicquid igitur disposuerit, vel voluerit Casparus medius, legitima † omnino 223 detrahenda venit. *Angel. in cons. 105. numero 2. Alexand. cons. 139. in princ. lib. 1. l. Titia, ad leg. Falcid.*

Circa Trebellianicam demum rursus exoritur disceptatio. Quanquam enim 224 dubium non est, fideicommisso † relicto non pure a filio detrahi etiam posse Trebellianicam vltra legitimam, *text. o. Rainutius, vbi Couarr. de testamentis. §. vltim. numero 6. Gail. obs. 120. per tot. lib. 2.* tamen quæritur, an non testator noster † Trebellianicam omnino prohibuerit, idque 225 † possit, præsertim si filius etiam legitimam habet? *Decius cons. 480. numero 16. Gabr. cons. 12. num. 10. ad Trebell.* Voluisse autem prohibere testatorem nostrum (vel [illegible] amplius ad matrem perueniret [illegible] præter expressa in pactis dota[illegible] demonstrare verba dispositionis. Ibi, soll matri nicht mehr kommen, & rursus reliqua permittat heredibus suis, &c. Quam geminationem sufficere. *Gabr. d. tit. ad Trebell. concl. 8. & concl. 2. numero 1. vers. contrarium* Verum hæc quidem ad minuendam vel prohibendam Trebellianicam solum forte sufficiebant, non tamen æque, vt legitima ea imputetur. Cum diuerso iure censeantur, & magis expressam dispositionem requirat, id, vt confusio facta dici possit. Itaque etiam in ambiguo hic interpretatio facienda, vt mater non omnino excidat Trebellianica, sed eo nomine habeat, quantum pactis pro restitutione facienda illi tributum, præter legitimam filii, & ita saltem minuta Trebellianica censeatur filio. Licet enim aliunde id præstandum sit in pecunia, tamen sicut fructus, ita etiam hoc iudicio testatoris acceptum Trebellianicæ imputandum est.

Nec obstat consensus fratris, vel approbatio. Id enim licet circa solemnia omissa, vt nihilominus subsistat voluntas, operari dicantur, non tamen similiter circa ea effectum habet, quæ nec cum solemnibus adhibitis pro arbitrio a testatore disponi poterant, sed specialem modum & verba in specie expressa requirebant, prout nec simplici, aut tacito consensu vires sortiuntur ea, quæ solemniori renuntiatione indigent.

Quin etsi circa hæc expresse consensisset mater, non tamen censenda erit aliter id fecisse, quam respectu restitutionis faciendæ & eorum respectu, quæ sibi ea ratione vicissim ex Trebelliano competebant, non etiam eorum respectu, quæ iure ipso iam olim separata fuerunt, & extra restitutionis aleam posita: vt est legitima: Trebellianica † vero tunc demum 226 incipit competere, cum purificatum est fideicommissum, & casus restitutionis euenit, & tunc primum fideicommissarius incipit habere ius ad rem, *Cephal. cons. 189. numero 29.* Huc igitur mater quatenus onerari potuit, videtur respexisse: Concludo igitur, vt dictum, matri relinquenda esse pro restitutionis quasi pretio seu præmio quæ habentur in pactis.

Restat, vt de fructibus videamus: qui quidem † respectu legitimæ in disceptatio- 227 nem non veniunt, cum in illam † nullo casu 228 imputentur. *text. l. formus. §. repletionem. C. de inoff. test.* cum & ipsa legitima † pleno 229 iure ad filium transeat, ita vt illius fructuum nomine nulla quæstio sit, sed solum videndum de fructibus ex reliquo bessе hereditatis perceptis, an restituendi vel in Trebell. imputandi.

Hic

Hic duo tempora distinguenda. Primũ pẽdentis conditionis, vsq; ad eius euentum. secundum post mortem filii vsq; huc.

Quoad primum, quia fructus videntur 230 † percepti iudicio testatoris, videbatur etiamsi in restitutionem non veniant, quia testator id non dixit: neque vlla mora interuenisse eo tempore dici possit, quod requirit *lex in fideicommissaria 18. ad Trebell.* tamen in quartam imputandos, *dict. leg. 18.* *& l. mulier. 22. §. si heres, ibid.* Idque etiam in filiis primi gradus, qui duas quartas habent, obtinere, plures tradunt, quos refert Gabr. *consi. 12. n. 10. in princ. t. ad Trebell. addit. ad Alex. cons. 165. in fin. lib. 5.* Verum nostro præsertim casu, aliter rem se habere, & fructus filio præcipuos, eiusque heredi relinquendos putauerim, cum non vere conditionalis restitutio nostra dici possit, quasi interim pendeat ius filii, sed substitutio certo casu, vt interim pleno iure translatio facta dicatur. Et quãquam iudicio testatoris ad filium peruenerint fructus, tamen non ita, vt voluerit testator illos fructus filii fieri. Quibus & aliis rationibus DD. magis cõmuniter statuunt, 231 filiũ † fructus, pendente huiusmodi conditione, perceptos, in Trebellianicam imputare, sibi non debere, etiamsi duas quartas integras habeat præterea. *Gabr. d. consi. 72. num. 10. vers. contrarium, Mas. ad Ferrar. in d. form. lib. 16. ex subst. verb. Ac per fideicommissum. &c.*

232 Fructus † post mortem filii percepti videantur saltem in tempore litis contestationis præstandi, prout sine discrimine etiam in fideicommissis traditur. *l. 1. & 2. & fin. C. de vsur.* & fructus legatorũ. *l. apud Julianũ. 40. §. filius & l. quæsitum 92. §. vlt. de legat. 1.* Ex eo enim moram facere quiuis debitor & in mala fide constitui dicitur. Ideoque teneri de percipiendis, & dd. ll. Verum & hic aliter dicendum, qui enim iusta ex caussa in ius prouocat vel iu- 233 dicium † suscipit, in mora non est, *l. si quis solemni 24. de vsur.* In specie vero si facto creditoris seu fideicommissarii restitutio dilata sit, id statuit *text. in d. leg. mulier. §. si heres*, prout hic factum, & actor plus æquo etiam petiit. Verum filii bona, & quidem integra sine vlla detractione, legitimæ, vel trebellianicæ. Imo non sine oblatione cautionis ratione Trebellianicæ (quod ipsum requirebatur) *leg. secunda Cod. de vsur.* & fructus legatorum, sed & sine oblatione eius, quod vicissim præstare ius erat. 3000. fl. Verum, sed imo expresse de negatione, quando & vna cum fructibus petiit: quæ singula iustam se opponendi caussam præbuerunt Reæ, pro- vt id vnum caussam iustam præbet, si dubitatur verisimiliter, an Falcidiæ locus sit, & an integrum legatum præstandum. *dict. leg. autem in fin. & leg. qui solidum. 80. in princ. de leg. secundo.*

In pari igitur culpa melior conditio est Reæ, cuius tamen minor culpa est, vt quæ tot iniquis impeditionibus implicabatur: maxime in nostro casu id obtinere debet: cum † fideicommissum non 234 prius debeatur, quam refuso, quod in recompensam, vel pretii quasi loco soluendum erat: præsertim cum testator expresse voluerit, matrem a se non prius dimittere bona, quam omnia illa recepisset: Quod non alia ratione factum, quam vt perceptione & amissione fructuum compesceret & adigeret actores, quo citius subirent negotium, neque ipsa mater duplici damno implicaretur. Alias enim quomodo ipsorum in mora consistentium dilatio fieret, si integri fructus refundendi essent. Antequam autem fideicommissum † petatur, nihil in eo iuris 235 habet fideicommissarius: sicut nec actionem realem vllam ante restitutionem Quod intelligendum cum effectu, & rite *Dec. cons. 438. Burs. consi. 198. numer. primo.*

Concludo igitur, nec fructus hosce restituendos, sed sibi imputet, qui caussam moræ præbuit.

Ex his facile est punctus expensarum definire: cum præsertim vtriusque caussas litigandi non defuisse constat. Ideoque compensandas Sententia, & pronunciandum.

Sententia.

Ist erkandt / daß gedachte Beklagtin jme Klägern zwey drittheil der Verlassenschafft / weyland Caspar von Holtzheim jhres Ehemans / jedoch gegen erstattung vnd erlegung dessen / so jhr durch denselben / in jhrer Heuraths verschreibung dagegen verschafft / vnd verordenet / zu restituirn, einzuraumen / vnd abzutretten schuldig / vnd zu solchem zu condemnirn vnd zuverdammen. Aber von dem vbrigen zu absoluiren seye. Compensatis expensis.

Additio vel declaratio D. Referentis ad suum votum.

VAriantibus dominorum votis Referens declarauit suum votum, se sentire cum auctore. Voti VI. Quoad caussam principalem, prout in additione sui voti mentionem fecit, vt scilicet

sustineantur illa puncta in vim fideicommissi, vel vltimæ voluntatis, vt tamen, Reo legitima & Trebellian. relinquatur.

Quoad legitimam.

236 PVto illam communẽ esse, fideicommissum † relictum ad heredes filii, scilicet a matre potius, quam a filio relictum videri, si in dubio essemus, *Graff. com. opin. in verb. fideicommiss.* Nos vero cum simus in quæstione clara, non putat attendendã hanc communem opin. cum illa saltem locum habeat in casu dubio. Quæstionis

237 iam est, an † legitima, quæ matri per pactum adimi non possit, iam interpretatiue ex fideicommisso censeatur ademta? Quod legitima non possit adimi ex fideicommisso, putat verius. Faciunt verba clara dispositionis. *D. pactum transformetur in fideicommissum*, quæ verba testatoris nõ possunt immutari, tanquam substantialia. Concludit legitimam ex fideicommisso matri adimi non potuisse.

Quoad Trebellianicam?

238 TEstatorem posse bene † prohibere Trebell. *Gomes. Tom. 1. c. 5. de subst. fideicommiss. num. 11.* vbi duas adducit rationes. Vasq. *de succ. progr. lib. 3. §. 26. nu. 17.* concludit, quoad Trebell. quod testator potuerit eam prohibere, vel adimere saltem, &c.

Quoad fructus?

239 VIdentur † restituendi post litis contest. *iuxt. leg. certum, de rei vind.* In nostro vero casu putat locum habere non posse, quia certum est *l. in fideicommissaria, ad Trebell. cum gl. ibid. Godofr.* qui dicit,

240 quod actio † ex testamento negatur secũdum modum bonæ fidei, & non stricti iuris, quia fructus veniant sic restituendi a die moræ, non a tempore litis contestatæ. *leg. is qui fideicommissum.* Dicitur, post

241 moram, non tantũ fructus, sed & omne damnum, quo affectus est, præstare debet, *d. le. 3. is qui.* Moram autem in nostro casu reã commisisse dici non potest: siquidem illa iudicium cum actoribus iuste suscepit. Si quis enim solutioni quidem mo-

242 ram † fecit, iudicium autem suscipere paratus sit, moram non committit. *l. si quis solutione, de vsuris.* An vero iuste vel iniu-

243 ste † prouocarit, id apud Iud. examinand. erit. *l. mora fieri, d. titu.* Si igitur recte perpendatur casus noster, maxime quoniam is ex consuetudine consistere non possit, certe alias dicere non possimus, quin sit valde dubius & grauis, qui cui ius & peritissime iustam caussam sese opponendi præbere possint.

Ex quo puto, Ream iuste sese opposuisse, & exceptiones suas allegasse, quod possunt facere secundum *leg. sciend. est, de vsur. & fruct.* quam declarat seq. *l.* si modo id ipsum non fraudandi caussa simuletur *le. & qui sine, de R. I.* Et dicitur † exceptio le- 244 gitima, quæ replicatione non eliditur. Sed certum est actores nostros vigore pactorum plus petiisse, quam illis debebatur. Ideoque Ream legitimam exceptionem opposuisse, ab actoribus minime elisam: Ita vt Reain † nulla mora reperiatur, 245 nec damno ipsa esse possit. *Iux. l. si longis. C. de exsecut. rei iud.* Cum itaque ex indebita petitione Rea omnino incerta fuerit, & iuste ignorauerit, quid illis actoribus deberetur, sequitur vt perinde habenda sit, ac si facta omnio petitio non fuisset: Fructus in † restitutionem nõ venire secun- 246 dum *l. fideicommissariam. Ad Trebell. vbi Bart. volu. 1. numer. 14.* Rationem assignat Castr. *in le. postulante, sed & huiusmodi. nu. 4. ad Trebell.* Et altera videtur esse ratio: quia in restitutionem solum † veniunt 247 ea, quæ sunt hereditatis, in qua fructus non continentur, *dict. leg. fideicommissariam. §. quoties. & sic iuxt. gl. ibi verb. accepto fruatur, &c.* fructus non veniunt, nisi heres fuerit in mora.

Et his non obstat, quod fructus † veni- 248 unt in petitione hereditatis, & augent hereditatem, *per leg. item veniunt. §. proximus, de petit. hereditatis.* Ergo fructus quoque veniunt in restitutionem. Quia respon. ibi fructus non percipi ab herede vero, sed ab alio possessore. Sed hic a vero. Ergo desinit esse hereditas. *leg. 1. 3. veteris, de acquir. poss. vbi Br.*

Nec obstare videntur *lex. certum, & c. Raynutius, de testam.* aliaque in contrarium allegata. Puto enim illa tunc procedere, quando aliqua res, expressa iusta ac debita actione ab aliquo petitur, ita vt verisimiliter scire potuit, an deberet aliquid actori, vel non, vt apparet ex c. allegato, vbi hereditas ex fideicommisso expresse est petita: quod in casu nostro non contigit. *Var. Br. in l. non possis videri, de R. I.*

Et quamuis obiici possit, Ream hic in errore iuris versari, qui error possessorem † non excusat, quo minus post litem cõ 249 test. fructus perceptos restituere debeat; *vt sentit Br. in leg. sed etsi lege. §. scire, de petit. here. & alii DD.* tamen sunt, qui etiam contrarium sentiant, *Dynus in c. possessor, de regulis iuris in 6. vers. Quari possit, &c.* Et hanc opinionem primo sequendam.

Quia

Quia vtraque pars in iure errauit, ita vt idē fit, ac si petita illa hereditas omnino non fuisset, ita vt locum habere possit, quod dictum de negligentia non petentis.

VOT. VII.

Ego secundus votans, correferens scili. Repetendo votum meum, concludo cum iis Dominis, qui pro pactis pronunciandū esse existimant, atque illa etiam per viam fideicommissi saluari posse statuo. Quia a. ex nostra allegata dispositione constat, fideicōmissum hoc impersonaliter relictū, nec expressum videtur a quo. Ideo in illo dubię rationis Doct. opin. est, censet relictum † ab herede filii, scilic. matre non ab ipso filio. *Soarez. comm opin. verb. fideicommissum numer. 105.* At quia bona, super quibus dispositio illa facta est, non filii, sed patris disponentis propria fuerūt, cui † liberum fuit, pro arbitrio de iisdem disponere, & illa fideicommisso, vel alio onere grauare, *iuxta l. in re mandata C. mandati.* Sequitur, quod † matri hoc casu aut nulla legitima, nisi saltem in bonis filii aliunde quaesitis, debeatur, aut si debetur, ei tamen onus aliquod imponi, vel ad restitutionem eius grauari mater potuit, *text. est singularis in l. fundum, per fideicommissum, 94. §. fin. cum l. vbi Br. de leg.* Licet enim filius per patrem † in legitima per fideicommiss. grauari non possit, succedentes tamē ipsi filio vel veniētes ab intestato grauari possunt. *Alexan. in leg. 1. §. fi. nume. 3. de vulg. & pupill. & ibi Br. nume 4 vbi rationem reddit, & in l. si Titio 95. § sicuti. num. 1. & 2. de leg. 1. Soarez. d. loco nu 109.*

Vnde distinctionem † faciendam existimo inter legitimam, quae debetur iure naturae loco alimentorum, vt est descendentium: & eam, quae debetur iure ciuili, vti est ascendentium, illa minui, aut in totum tolli non potest, haec vero maxime. *Alciat. in tr. praesumt. 18. nume. 2. vbi additio Joan. Nico. Villob comm. opin. verb. legitima nume. 621.* Cum † alimenta iure naturae ascendentibus non debeantur, *Brun. in tr. de statut. a successffaem. exclud. artic. 1. princip. 22. 23.* Et haec maxime procedunt, quando subest rationabilis caussa disponendi, prout in nostro casu, vbi caussae dispositionis sunt † conseruatio familiae & agnationis, quę publicam vtilitatem respiciunt, item, ne bona distrahantur vel vna perueniant a fam. sed vnica permanerent in fam. quibus † casibus legitima non detrahitur, dummodo in totum alimenta nō tollantur, *Ioan. Nicol. in addit. ad Alciat. in tr. praesumt. reg. 1. praesumt. 8 nume. 6.* Huc venit, quod ex dictis rationibus de comitatibus & aliis † dignitatibus etiam legitima liberorum non detrahatur, ne scilicet tales dignitates distrahantur, vel dismembrentur, prout inquit Guid. Pap. *consil. 140. num 3.*

Quare cum nos versemur in fideicommisso, impersonaliter relicto, & in tali casu, quo matri aut nulla debetur legitima, aut si debetur, onus tamen, imponi, aut ad restitutionem grauari potuit, *per supra deducta.* Ipsa quoque mater in hanc dispositionem consenserit, vel saltem ratam habuerit, *prout in voto meo deductum*, atque sic ex contractu ad eius obseruantiam obligauerit, quod facere potuit, *iuxta l. penultim. C. de pact. ib. Guid. Pap. d. consil. 140. num. 3.* Nec de mutatione voluntatis disponentis nobis quicquam constet, & alias voius † cuiusque disponentis voluntas lex sit, dicere habemus, relictū ab eo fideicōmissum, † a quo secundum mentem disponentis optime valere potuit, vt actus potius sustineatur, quam pereat, *Bart. in l. centurio. num. 371. in fin. de vulg. & pupil.* Non igitur video, cur matri ratione legitimae & Trebellianicae (quod etiam † in totum prohiberi potest) *Portius lib. 6. com. concl. 5 verf. Et quia veritas*, plus ad iudicare debeant, quam in pactis est expressum, maxime cum tantū accipiant, vt alimenta habere possit.

Concludo igitur vt in priori voto meo Reos scil. ad restitutionem omnium bonorum a Caspard von Holtzheim/ Medio, relictorum, reseruatis tamen iis, quae vigore pactorum Reae nostrae debent, condemnādos esse.

Quod si Domini maioribus votis conclusērint, nostro casu matri legitimam cōpetere, aliter ei adiudicare non possunt, quam faciendo separationem bonorum, vt scil. de illa tantum parte, quae Caspari von Holtzheim/ medio tempore mortis parentis sui competebat, legitima detrahatur, & non de omnibus bonis, quorū duae partes duabus sororibus, actricibus matris ab intestato ex hereditate paterna competebāt. Alias namque pacta illa nullius videntur esse effectus, & res redigererur in eum statum, quo fuit, antequam dicta dispositio confecta erat. Actricesque nostrae nihil aliud consequerētur, quā quod illis alias ab intestato, si pacta in rerum natura non fuissent, competiisset.

Quoad fructus, repeto prius votum meum, & condemno, Reos ad eorum restitutionem post litem contest. propter malam † fidem, ex qua mora inducitur, *per glossa. in cap. Rainutius verb. contestata, de test.* Expensas compensabo.

Tertius votans, repetit votum suum. Quartus & Sextus votantes, similiter.

Quintus votans. Repetit similiter votũ suum, addens tamen, si eius esset sententiæ, & pacta subsistere posse putaret, vellet accedere votis eorũ dominorũ, qui in totum pacta saluare volunt, propter expressam mentem & voluntatem disponentis, nec matri hoc casu legitimam, vel Trebellianicam relinquere; sed eam contentam esse debere iis bonis, in pacto sibi reseruatis. Quoad fructus concludit cum sexto votante. Allegat pro cõfirmatione suæ op. Guid. Pap. *decis. 496.*

SENTENTIA.

IN Sachen Adolff Grünholtz / vñ Balthasar vom Stahl / jetzo ermeldten vom Stahl allein betreffendt / Klägern / Eins / wider Weyland Theines von Holtzheim hinderlassene Wittib / Stephanam von Weissenkirchen / Beclagte anders theils / Ist allem vorbringen nach zu Recht erkant / das gedachte Beclagtin / Weyland Caspars von Holtzheim jhres Ehemannes Verlassenschafft / so viel deren zu jhren Händen kommen / ausserhalb / waß jhr Vermög der zwischen jhnen auffgerichter / vnnd in lite angezogener Hewrahtsberedung gebühret / sambt denen / von zeit an beschehener Kriegsbefestigung auffgehabenen Nutzungen / obgemeldten Klägern volgen zulassen / würcklich einzuraumen vnnd zuzustellen / schuldig seye / Als wir sie zu solchem hiemit condemnirn vnnd verdammen / Compensatis expensis, &c.

Fernners / In caussa interuentionis Catherinę von Holtzheim verordnete Curatorn ad litem in actis benant / Klägern Eins / wider Balthaser vom Stahl / vnnd Weyland Theines von Holtzheim hinderlassene Wittib / Stephans von Weissenkirchen / Beclagte anderstheils. Ist allem Vorbringen nach zu Recht erkand / das gedachte Beclagte von angestelter Clage zu absoluieren / vnnd erledigen seyn / Als wir sie hiemit absoluieren vnnd erledigen / Compensatis expensis publ. 16. Septemb. anno 88.

Postea 31. Ianuarii anno 98. sequẽs sententia in pũcto executionis in eadem caussa lata.

IN Sachen Adolff Grünholtz / ec. Ist D. Pierio seyn / des 29. diß der declaration pœnæ halben beschehen Begeren noch zur Zeit abgeschlagen / sondern erkandt / das D. Perlenbach deren berürts Tags Vorbrachten exceptionen vnuerhindert / nachmals vñ in zeit der Pön / den außgangenẽ bey verkündten vnd reproducirten Keyserlichen executorialn einuerleibt / so jhme pro termino & prorogatione, von Ampts wegẽ darzu eingesetzt / gleublig anzeigen zuthun / das den allẽs jhres Innhalts gehorsamlich gelebt seye / sub euentuali declaratione, Vnd ist gegen D. Perlenbach / von wegen gedachter exceptionen, einuerleibter vngegründer vnd vnbescheidener Anzeige / die Straff eines

Marck

Marck Silbers hiemit vorbehalten, &c.

Perlenbach ideo punitus, propter dictarum exceptionum intitulaturam, quæ erat notorie nulla, &c. Et quod in iisdem sententiam Cameræ tanquam manifeste nullam impugnabat: cum tamen exceptio nullitatis contra sententiam Cameræ in eodem iudicio proponi non potest, sed per viam revisionis hoc faciendum. So hatet auch derselb cauflam pri[illegible] actu publico executionis disputieren wöllen/vnd also hon orem iudicum, wie seyn Jurament mit sich bringt / nicht in acht genommen.

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM

Cameræ Imperialis.

SYNTAGMATIS III.

DEC. III. VOTVM. IV.

Andreas Blum appellans.

Contra.

Vollhard Seckbach appellatum.

De appellationibus.

SVMMARIA.

1 *Appellatio quod tolli possit a Principe vel lege, notissimi iuris est.*

2 *Cumulatio summarum fieri potest quando contenditur de conservanda iurisdictione. Item quando plures summæ eadem actione debentur, & sic ex eadem caussa in pluribus parvis summis quis condemnatus fuerit: secus si ex diversis actionibus, num. 3. 4. & 7.*

5 *Favorabile videtur caussa deferri ad Principem: Odiosum contra excludere illum, qui limitatam habet iurisdictionem vel privilegium ad certam summam de non appellando.*

6 *Appellatio redditur deserta, nisi constitutiones municipalium observentur, licet fuerit appellatum ad Principem vel Papam.*

8 *Iudex sine consensu utriusque partis omisso puncto appellationis in caussa principali procedere non potest, & præsertim appellato invito.*

9 *Pronuntiando male iudicatum, bene appellatum, devolvitur omnis iurisdictio ad iudicem appellationis, nec caussa est remittenda, ita ut super caussa principali pronuntiare possit.*

10 *Sententia præcipitanter lata nulla est.*

11 *Mos & consuetudo toleratur in iudiciis, modo substantialia observentur.*

12 *In mercatorum caussis omissis solemnitatibus procedi solet de æquo & bono.*

13 *Iudex potest virtute solius confessionis, licet reliquus processus esset ex toto nullus, ferre sententiam.*

14 *Nullitatibus talibus commissis, quæ nullo modo salvari possunt, si tamen incidenter tantum, & non principaliter proponuntur & deducuntur, ratio earum non debet haberi.*

15 *Appellans a sententia nulla, non obtinet in caussa appellationis, nisi iustificet ipsam appellationem, probando legitime interpositam quoad omnia solemnia appellationis.*

16 *Appellans si dicit, sententia est nulla & si qua est, appello, videtur incidenter proponere nullitatem. Sic & quando petit iterum pronuntiari in caussa appellationis, num. 17.*

18 *Appellationi nisi iudex detulerit, remissione non est opus, licet inhibitum sit.*

19 *Inhibitio tendit tantum appellatione pendente.*

20 *Appellatio si pronuntiatur illegitima,*

iudex a quo recuperat suam iurisdictionem, & procedere potest.

21 *Ex stylo Cameræ receptum est, vt semper inhibitione emanata remissio fieri soleat.*

22 *Appellatio ad certum modum restricta in casu permisso, siquidem vel in minimo requisito priuilegii sit defect⁹, deseritur.*

IN NOMINE Domini, Amen.

Appellatus petit appellationem non deuolutam pronunciari, item condemnari in pœnas friuole appellantis, & priuilegii: tertio ratione iniuriarum, ex officio appellantem plectendum. Appellans contra appellationem recipi, litem contestari, grauaminibus responderi, denique petit commissarios deputari ad reitetandum calculum, item sententiam esse nullã.

Contra deuolutionem opponitur, summam priuilegio Candelburg non esse cõformem: sortem n. petitam non attingere 600. gulden/ iuxta priuilegium Cãdelburgense. De priuilegio disputare superuacuũ 1 puto. Nam quod † appellatio possit tolli a principe vel lege, notissimi est iuris, & tractatur per Couar. *pract. q. c. 23. nu. 6.* Nostra difficultas cõsistit in eo, an summæ con & reconuentionis coniungi possint? Et communis Doct. sentẽtia esse videtur, quod vbi 2 † contenditur de conseruanda iurisdictione, & sic in fauorab lib summarum cumulationẽ fieri posse. *Doct. in l. si idem, vbi Dec. nu. 2. Br. nu. 1. Ias. nu. 3. Zas. nu. 11. de iurisdict. om. iud.* Suadet a. hic æquitas cumulationẽ fieri, ne fauorabilis & ordinaria iurisdictio Cameræ impedimentum recipiat, *Bl. in d. l. si idem. in pr. vers. sing. gl. quæ incipit fundant se. Doct. in l. si quis separatim §. 1. de appel.* Sed hæc omnia intelligenda sunt respectu iurisdictionis, quando † plures summæ eadẽ 3 actione debentur, & sic ex eadem caussa in plurib. paruis summis quis cõdemnat⁹ fuerit: quia tunc cumulatio fieri potest, secus si 4 ex † diuersis actionib. *Dec. in d. l. si idem nu. 4. & 8.* Responderi ẽt potest, quod licet vi-5 deatur † fauorabile, ꝙ caussa ad Principem deferatur, tamẽ & odiosum videtur excludere illum, qui limitatam habet iurisdictionem vel priuilegium, ad certã summam de non appellando, *Dec. in d. l. si idem in pr. nu. 16.* Sic ẽt in diuersis summis non fit cumulatio. In nostro casu non sunt cumulatæ plures actiones in vno & eodem libello, nec ex eadem caussa descendunt, imo sunt diuersissima & separata. Appel. n. ex cõtractu mutui petiit 1000 Marck/ appellans ex cõtractu societatis 746. Marck/ quæ actiones sunt diuisibiles, sicut & caussa ipsa, maxime cum mutuum illud diu ante contractã societatem sit factum, ac in cõtractu societatis nulla eius fiat mentio. Vnde cumulatio harum actionum ad excludẽdum Candelburgẽse priuilegium fieri non poterit. Nec obstat *d. l. si quis separatim.* quia ibi plures summæ, vna actione cõprehendebantur, & ideo cumulatæ inspiciebãtur, & non separatim. *Br. in d. l. si quis separatim. §. 1.* Præterea an debeantur 746. Marck/ nunquam venit in notionem iudicis, vnde desuper nihil iudicatum, nec vllum appellanti desuper grauamen illatum. Lis fuit, vter prius esset audiendus, & an Blũ 1000. Marcas soluere deberẽt. Nec auget summã, quod appellans prætendit summã der 1000. Marck/ coniunctam cum interesse, excessuram summam priuilegii: quia illud forte locum sibi vindicare posset, si summa pendente lite in primo iudicio fuisset aucta, & excederet iurisdictionem, *per l. ampliorẽ C. de app. Br. in d. l. si idẽ in pr. nu. 8* Adde, ꝙ hoc debitum videatur esse non tantũ liquidum, sed & confessatum. Quo in casu appellationi iuxta priuilegium Cãdelburgense nõ est locus, qualiscunq; sit summa, ibi, In Sachen bekendliche Schulden. Deinde non satis constat ex actis, ꝙ priuilegio (dato, summã illi conformem) plenarie satisfactum. Requirit. n. vt appellãs intra decendium præstet iuramentum ꝙ credat se iustam fouere caussam, & neq; friuole appellare, & aduersario idonee cauere. Quorum neutrum ab appellante præstitum video. Sed nisi † constitutiones municipaliũ 6 obseruentur, appellatio redditur deserta, licet fuerit appellatum ad principem vel Papam. *Roman. consil. 2 per tot.*

Quod summe † ex diuersis actionib. in 7 vno eodemq; libello petitæ & adiudicatæ, non fuerint ad fundandam iurisdictionem Cameræ accumulatæ extat præiudicium in caussa Mariæ von Liebenstein, contra Theodorich Frisen & consorten. Decisum 15. Iun. anno 58. Et licet Domini manifestissimam iniquitatẽ in actis deprehenderint, tamen caussa est remissa cũ expẽsis. Quanto magis hic, vbi de iustitia constat. Friuola est replicatio appellantis, quæ vult, priuilegium tum demũ locum habere, quãdo iuste fuerit pronũciatum: non autem si inique. Si enim hoc admitteretur, priuilegiũ esset plane illusorium.

Quoad nullitates, verum quidem, quod iudex † sine consensu vtriusq; partis omis-8 so puncto appellationis, in caussa principali procedere non possit, & præsertim inuito ap-

no appellato, *c. cordi. & ibi Anchar. nu 6. in fi. de appell. in 6.* Sed videtur defendi posse ex eo, quod caussa principalis corā iudice appellationis, aliquo modo fuerit disputata & discussa, contra non protestante aduersario, & sic tacite prorogata, tacite si lictem, per not. *in l. si per errorem. de iurisd. om. iud.*

9 Et quod magis est, pronuntiādo † male iudicatum, bene appellatum, deuoluitur omnis iurisdictio ad iudicem appellationis, nec caussa est remittenda, ita vt super caussa principali pronuntiare possit, *ea. vt debitus & ibi glo. verb. alioqui & Philip. Fra. nu. 46. & 49. de appel. in 6.* Et sic pronuntiandum primo, bene appellatum, quod & Candelburgenses secuti sunt.

10 Quod autem allegatur, sententiam † præcipitanter latam & sic nullam, *l. prolatā*

11 *C. de sent. & interloc om. iudic.* primo mos † & consuetudo toleratur in iudiciis, modo substantialia obseruentur. *Rota. dec. 4 in fin. in Nouis de appell. Vant. de nullit. sent. ex defectu citationis nu. 126.* Attestantur Candelburgenses, in debitis summarie procedi Cātelburgę, & in summariis tot solemnitatibus opus non esse, cum & alias † in caussis mercatorum omissis solemnitatib. procedi soleat, de ęquo & bono. *Paris. cons. 78. nu. 22. vol. 3. Port. cons. 47. nu. 29.*

12

Præterea hoc nostrum mutuum est in confesso, & probatur per chirographum

13 recognitum. Et potuit iudex † virtute solius confessionis, licet reliquus processus esset ex toto nullus, vel propter modum agēdi, vel ratione mandati inepti, ferre sententiam. *Franc. in c. dilecto. de appel. nu. 5.*

Tertio non obstat, quod concordia non fuerit tentata coram arbitris, iuxta statutū Candelburg, quia illud videtur militare quando caussæ sunt intricatæ.

14 Et dato, nullitates † tales cōmissas, quæ saluari nullo modo possent, tamen quia incidenter tantum, & non principaliter propositæ & deductæ, earum ratio non datur

15 heredi. Nam † appellans a sententia nulla, non obtinet in caussa appellationis, nisi iusti ficet ipsam appellationem, probando legitime interpositā, quoad omnia solemnia appellationis, *pulcre Philip. Franc. in d. c. dilecto, n. 4.* Ratio, quia vim quam elegi sequi debeo. Quod a. incidenter tantum hic veniant nullitates, ex ipso instrumēto appellationis, citatione & processu apparet Si n.

16 appellans † dicit, sententia est nulla, & si q̄ est, appello, videtur incidenter proposita

17 nullitas, sic † & quando petit iterū pronuntiari in caussa appellationis. *Fran. in d. c. dilecto nu. 63. vers. 26. & nu. 65.*

Quid pronuntiandum.

Appellationem non deuolutam, caussā remittendam, & appellantem in expensis condemnandum. Verum quidem, quod

18 nisi † detulerit iudex appellationi, remissione non sit opus, licet inhibitum sit, quia

19 inhibitio † tendit tantū appellatione pen-

20 dente: si nunc illa † illegitima pronuntiatur, iudex a quo recuperat suam iurisdictionem, & procedere potest. *Franc. in d. c. vt debitus. de appell.* Sed quia hic dubium, an appellationi iudex detulerit, notarius autē delatum asserit, iudex negat, ac tam ipse iudex, quam appellatus eam remitti petat,

21 & fere ex † stylo Cameræ receptum sit, vt semper inhibitione emanata, remissio fieri soleat, ego quoq; iunctis his omnibus id sequendum puto. Reliquas submissiones, condemnationem sc. in pœnas priuilegii, quia ordinarium processum desiderant, & probationem doli, tacite prætereo.

Ad differendam solutionem & litem, appellatum videmus, sed quia solutio hæc sortis cum interesse appellanti satis grauis futura sit, maxime cum & de paupertate sua aliquid alleget. ex æquitate Canonica condonādum putat.

D. Knorr.

Cum refer. quia fit cumulatio summarum ex diuersis actionibus a diuersis personis, & in contrarium finem, quo casu sumus omnino extra terminum allegatarum legum. Alia ratio quia appellatio nostra non continet reconuentionis casum, in quo nec pronuntiatum nec pronuntiari potuit, quia non liquebat. *Mynsing. cent. 1. obseruat. 10.*

22 Si appellatio † ad certum modum restricta sit in casu permisso, si quidem vel in minimo requisito priuilegii sit defectus, appellatio deseritur. *Tiraquell. de retract. conuent. gl. 6 §. 4. num. 25.* Pronuntiat igitur caussam non deuolutam. Quoad pœnam, putat arbitrio dominorum eam constituēdam. Nec mouetur, quod Abschiedt satis magnam pœnam statuat, quia non cēsetur arbitrium & moderatio iudicis ex caussis & circumstantiis sublata, quia alioqui aliquando non, aliquādo nimium puniendus veniret.

D. Lichtenberger.

Cum D. referente. Repetendo votum in caussa Libbes contra Molden. In pœnas non vult condemnare, quia appellatio nō vsque adeo friuola videtur.

D. Eobaldus.

Non esse deuolutam. Cum D. refer. pœnam putat omittendam.

transacta omnia, & tunc in mundum redacta solum, sigillata & subscripta, & sane testes instrumento scriptos non adfuisse, meridiana luce clarius fuerat probandum. *Masc. de prob. lib. 1. quaest. 6. numero 49.* Hic vero vnus solum testis aliquos indefinite non affuisse affirmat, quam facile in dubijs illis, qui negantur interfuisse solum, a Rea verificari potest. Requisitio specialis requisitum est ex solemnitatibus testamenti. Et sufficit hic constare de animo deliberato disponentis post mortē, cuius vnius probandi caussa testes adhibentur. *Masc. conclus. 493. in princ. Tiraquell. de priuil. pia caussa. priuil. 3. ad fin. fac. l. fin. C. de fideicommiss. & lex. fin. Codice, de codicillis.*

De vltima voluntate subsecuta iam ante dixi, quod non ipsa robur praestet, sed tantum priorem declaret, quod vltima voluntas fuerit & adhuc sit: atque tot insecutae approbationes per Ream, non patiuntur, vt ratio eae voluntatis in dubium reuocetur, † nec potest dici ignara contentorum, cum penes se tam diu habuerit. *Mascard. cons. 780. numero 8. & cons. 915. volu. 2 leg. Aduersarii. Codice, de fide instrumentorum* Et post aditionem quiuis heres censetur † omnia scire, quae testamento continentur. *Masc. cons. 45. numero 54. & concl. 849. in princ.* Nec refert, quod separatus hic punctus & casus alius sit.

Non ideo enim minus tota voluntas quasi approbata dici potest. Quia tamen ipsa approbatione non magnopere opus fuit, cum sufficiat, quod non constet de mutatione subsecuta voluntatis. De consuetudine frustra quaeritur; cum iure communi vtatur, & in primis id inspiciendum, quod actum est & dispositum.

Concludo igitur pactum nostrum, quoad successionem hanc vim vltim. voluntatis habere, & per modum fideicommissi valere, sustineri iure posse, & debere, neque ita etiam restitutionem faciendam & iniungendam Reae. Quae autem praeterea ab actoribus afferuntur, cur Rea omni emolumento priuanda, & indigna sit, ea nihil decisionis nostrae tenorem mutare arbitror. Quanquam enim prima fronte speciem aliquam habeant, quae dicuntur, quod secundas nuptias, non petito prius tutore, nedum rationibus redditis, aut reliquis praestitis, contraxerit, ea tamen ad poenam huiusmodi infligendam non sufficiunt: simul enim probandum fuerat, quod mater tutelam susceperit rite, & administrauerit. Quam enim non suscepit, illam spreuisse, aut contra fidem officii se gessisse, transeundo ad secunda vota, dici nequit. Quo nomine † potissimum poena locum habet. *Dec. cons. 590. numero 5. Gabri. lib. 3. titu. de secundis nupt. concl. vltimo. numero 27.* neque ab actore in speciem fuerant probanda. *argum. eorum qua dicit Alexand. in simili cons. 185. numero 10.* Neq; illi probatio videtur obtrudenda, quod minor fuerit, cum delictum aduersarius vrgeat, & poenam exposcat ex illo, quod simpliciter, & omni casu delictum non est. Igitur posito minorem administrasse, & postea maiorem factum secundo nupsisse, non petitis tutoribus, non cadit successione, *Bl. l. omnem numero 9. Codice ad Tertull.* Verum caussa non plene cognita tutelam & fere suscepisse, patet ex eo, quod actores initio statim exsequendo testamento, & rebus peragendis adhibuit. Qui ipsi sese profitentur, & nominant postea angeborne Vormünder (52) ord. 17. (66.) litera C, quo casu dationis locus non est. Ad haec illi ipsi rationes nullas ab illa exegerunt, quod omissari non praesumuntur. Si vero suscepisset & gessisset, aut si omiserant, eodem crim. damnandi, & partes Reorum praeualebunt, pari in commissis. Magis autem excusatur † mater a poena hac, quia non inuito marito, sed imo expresse in pactis, quasi permittente, ad secunda vota transiit, quod sufficit tacite permissum. *Gabriel. dict. cons. vltimo. numero 41. & concl. 1. de Tutel. numero 80. lib. 6.* Nam maritus illi eo casu certo quidem dari voluit, adeo quidem, vt non teneatur prius bona a se dimittere, quam omnia percepit.

Alia excusatio matri ex eo praebetur, quod filius substitutum habuit, ad quem sicut successio praecipua deferenda, ita de tutela prospicere pupillo debuerat, *Gabr. dict. cons. 1. numero 66.* cum mater solum legatarii quasi vita sit, & singularis rei spem habuit, *Gabr. ibid. numero 24. cum seqq.* Facit quod quauis alia ex caussa facile mater excusatur. *Nicol. de vbald. tamen de success. per 2. numero 14. & 17.* Itaque quicquid sit, etsi ponamus matrem priuandam, tamen non ad actores, sed † proximam gradu vterinam successio deuoluta erat. *text. leg. 2. in fin. ad Tertyll. auth. ex testamento. C. de secundis nupt. Bl. cons. 408. in fin. lib. 3. gl. leg. sciant. de leg. here. Alexand. leg. ad optimam. §. patronum. numero secundo tertio, de in ius voc. Gabr. dict. 2. concl. 1. in prin.*

Et

Et filia suo iure, non ex persona matris venit. Ideoq; non obstat, quod superstes exclusa. *glos. leg. Diui de iure patron. & leg. emancipatum. §. fin. de senat.* Et ita nihil actoribus accessisset.

Minus deinde obstat Rea, quod bona occupauit.

Nam actores suo nomine possessionem nunquam adepti: neque eam post mortem pupilli animo sibi mature potuerunt, quia tutela & administratio exspirauit, tam actorum, quam parochii, a quo Rea claues recepit, ante principis prohibitionem directam solum in futurum, & optimo iure heres bona vacantia occupauit, vt ex manu ipsius fideicommissarius eadem reciperet post plenam demum solutionem 3000. secundum expressam dispositionem testatoris. Imo fideicommissarius [115] † ante restitutionem nullum ius in bonis habet, & propria auctoritate (nisi expresse testator permiserit) occupando iure suo cadit. *Caph. cons.* 188. *numero* 34. *seq. Dec. consi.* 438. *accurate per leg. non est dubium. Cod. de leg. Ioh. dilect. Duram de arte testam. lib.* 5. *Cautel.* 32. *numero* 1. 2. 3. neque vllum remedium habet ante restitutionem. *Burs. cons.* 198. *num.* 1.

Stat igitur sententia nostra, actorum intentionem eatenus probatam, nec elisam, vt ipsis fideicommissariis hereditas ex Trebelliano restituenda sit, & eatenus Rea condemnanda.

Quid vero in restitutionem hanc veniat, quidque detrahendum matri sit, plures sese exserunt difficultates, ob diuersitatem bonorum, personarum, & non satis plena dispositionis via, vbi in primis discutiendum. *An ab ipso filio pupillo, an vero ab eius herede, matre, fideicommissum relictum sit, vt cognosci possit, qua bona patris esse omnia affecta sint, & restitutioni subiiceant, & an legitima & Trebellianica detrahenda & quatenus*: Item *quid de fructibus dicendum.*

Et prima facie videbatur, hoc fideicommissum, non ab ipso filio, sed ab eius herede, scilicet matre relictum: & hinc, non illi restituendi onus iniunctum ex verbis dispositionis, sed vnus tantum petat non a matre, sed filio potius relictum. Quatenus non matris mentio fit, non caussa honorandi, aut grauandi ipsam restitutionem, sed magis excludendi omnino a successione sit, vt non nisi exiguum, quod ipsa, non a filio, neque ab eius hereditate consequatur, sed ab aliis quasi heredibus filii seu testatoris: idque in certa quantitate, non quota hereditatis, & non tam pro hereditate, quam loco & vice iuris alias sibi deferendi: neque instituere iubetur ipse, sed tantum promittere, vt alii succedant filio, & ius, & relicta bona occupent, quasi suo iure quodammodo retineat secum bona, vt heredes maturius adigat ad solutionem, & quicquid facti matris interuenit, nudu solummodo ministerium sit, non suo, sed filii nomine, non suis ad se dotatis, sed de filii ad alios transferendis per matrem: sicut & matris mentio. Ideo solum facta videtur, vt non directa, sed fideicommissaria substitutio sit, quae sustineri possit, vt partes censeantur, sese accommodasse iuribus, & ita disposuisse, vt actus potius † valeat, quam [116] pereat. *Clar. de testibus, quaest.* 72. filii vero mentio satis sit, dum dicitur, mortuo filio, &c. soll matri nicht mehr kommen/ videlicet a filio. Quae limitatio & exclusio matris reliquos vario eodem modo includit, & quidem, vt omnia ad eos a filio perueniant vnd auff sie kommen/ qui & occupent matris permissu omnia reliqua.

Atque posito, verba esse indefinita, & dubium, an filius vel mater fideicommisso grauata sit, sicuti ad matrem expresse directa dici non possunt, & adhuc communior opinio dicitur, quod a filio censeatur † relictum, non a substituto. *Ripa in leg.* [117] *centurio numero* 26. *Et Gabriel numer.* 49. *teste Claro. d. quaest.* 72. *de vulg. & pupil.* vbi ipse fatetur plerosque pro contraria opin. allegates, id non dicere aut velle. Nostro vero casu, vbi modo interuenit, nulla videtur dubitatio, quin in dubio grauatus censeatur filius, non eius heres, mater, prout communem eam dicit in nostris terminis, & quidem fortioribus, vbi Ecclesiae relictum fuit fideicommissum, *Francisc. Aret. cons.* 155. *ad fin.* Quo facit, quod alias coniectura tacita † vel dubia substitu- [118] tio contra matrem in medio existentem nunquam operetur aliquid. *Burs. cons.* 19. *numero* 1. 14. 18. *post Oldrad. cons.* 142. *Bl. cons.* 12. *num.* 1. *lib.* 2. *& cons.* 175. *num.* 4. *& l.* 7. *lib.* 5.

Concludo ergo a filio relictum fideicommissum, quo stante, sequitur, non pupilli bona, sed tantum testatoris restitutioni subiacere. Ita in specie *Ias. in leg. si Titio.* 95. §. *fin. numero* 15. 16. *&* 30. *de leg.* 1. *& Ias. in leg. ex tribus, numero secundo & tertio. Codice. de inoffic. testamento. Bl. cons.* 203. *in princip. lib. tertio.* Sicut regulariter fideicommisso non grauati, sed grauantis bona afficiuntur. Et grauauti, non

219 grauato † succeditur in iis solum, quæ grauatus iudicio testatoris accepit, quod in omnibus priuilegiatis substitutionibus, etiam militis locum habet, *text. leg. centurio, 16. l. coheredi. 41. §. filia. in fin. leg. sed si plures. 10. §. ad substitutos. de vulgar. & pup. Leon. in tr. de substit. numero 69. & sequen. Menoch. consil. 135. numero 9. lib. 2. Wes. consil. 94. numero 20. Ferrar. in dict. form. libelli, ex substitutione, verb. pupillariter. numero 16. Crauet. consil. 202. numero 1. & consil. 24. numero 12.* Et faciunt verba dispositionis, quibus actores suos dicit heredes, non etiam filios in simili arguit, *Bl. consil. 272. numero 3. & 4. lib. 2. Aret. d. consil. 155. decima columna.*

His præmissis. Itaque de suis etiam videtur disposuisse, cum prælertim postea regulariter dicit, die vbrigen Haab vnd Güter. non addendo cuius, neque hic extendenda voluntas non expressa: cum specialis modus iure præfinitus sit, filium grauandi, & excludendi matrem. Ex his igitur bonis Caspari medii ante omnia

220 detrahenda † venit legitima filii, quam ad matrem transmiserit sine omni onere, *Bl. consil. 39. lib. 1. numero 4. Gabr. concl. 1. titul. de legit. numero 34. lib. 6. Clar. quæst. 72.* Maxime cum mater ex persona sua legitimam in vniuersis bonis habitura fuisset: qua sola ratione Dd. legitimam extraneo competere volunt, legitimam

221 † autem hanc tertiam esse, dubium non est, siue de legitima filii, siue matris agamus. *Alexand. consil. 140. in fin. lib. 1.* Sicut

222 & legitima † parentum non magis prohiberi a testatore potest, quam filiorum, *Guid. Pap. quæst. 478. Gabr. dict. consil. 1. numero 17.*

Quicquid igitur disposuerit, vel voluerit Casparus medius, legitima † omnino

223 detrahenda venit. *Angel. in consil. 105. numero 2. Alexand. consil. 139. in princ. lib. 1. l. Titia, ad leg. Falcid.*

Circa Trebellianicam demum rursus exoritur disceptatio. Quanquam enim

224 dubium non est, fideicommisso † relicto non pure a filio detrahi etiam posse Trebellianicam vltra legitimam, *text. o. Raimutius, vbi Couarr. de testamentis. §. vltim. numero 6. Gail. obs. 120. per tot. lib. 2.* tamen quæritur, an non testator noster † Trebellianicam omnino prohibuerit, idque

225 † possit, præsertim si filius etiam legitimam habet? *Decius consil. 480. numero 16. Gabr. consil. 12. num. 10. ad Trebell.* Voluisse autem prohibere testatorem nostrum (vel quasi) ne amplius ad matrem perueniret vllo modo, præter expressa in pactis dotalibus videntur demonstrare verba dispositionis. Ibi, soll matri nicht mehr kommen/ & rursus reliqua permittat heredibus suis, &c. Quam geminationem sufficere. *Gabr. d. tit. ad Trebell. concl. 8. & concl. 2. numero 1. vers. contrarium* Verum hæc quidem ad minuendam vel prohibendam Trebellianicam solum forte sufficiebant, non tamen æque, vt legitima ea imputetur. Cum diuerso iure censeantur, & magis expressam dispositionem requirat, id, vt confusio facta dici possit. Itaque etiam in ambiguo hæc interpretatio facienda, vt mater non omnino excidat Trebellianica, sed eo nomine habeat, quantum pactis pro restitutione facienda illi tributum, præter legitimam filii, & ita saltem minuta Trebellianica censeatur filio. Licet enim aliunde id præstandum sit in pecunia, tamen sicut fructus, ita etiam hoc iudicio testatoris acceptum Trebellianicæ imputandum est.

Nec obstat consensus fratris, vel approbatio. Id enim licet circa solemnia omissa, vt nihilominus subsistat voluntas, operari dicantur, non tamen similiter circa ea effectum habet, quæ nec cum solemnibus adhibitis pro arbitrio a testatore disponi poterant, sed specialem modum & verba in specie expressa requirebant, prout nec simplici, aut tacito consensu vires sortiuntur ea, quæ solemniori renuntiatione indigent.

Quin etsi circa hæc expresse consensisset mater, non tamen censenda erit aliter id fecisse, quam respectu restitutionis faciendæ & reorum respectu, quæ sibi ea ratione vicissim ex Trebelliano competebant, non etiam eorum respectu, quæ iure ipso iam olim separata fuerunt, & extra restitutionis aleam posita: vt est legitima: Trebellianica † vero tunc demum

226 incipit competere, cum purificatum est fideicommissum, & casus restitutionis euenit, & tunc primum fideicommissarius incipit habere ius ad rem, *Cephal. consil. 189. numero 29.* Huc igitur mater quatenus onerari potuit, videtur respexisse: Concludo igitur, vt dictum, matri relinquenda esse pro restitutionis quasi pretio seu præmio quæ habentur in pactis.

Restat, vt de fructibus videamus: qui

227 quidem † respectu legitimæ in disceptationem non veniunt, cum in illam † nullo casu

228 imputentur. *text. l. scimus. §. repletionem. C. de inoff. test.* cum & ipsa legitima † pleno

229 iure ad filium transeat, ita vt illius fructuũ nomine nulla quæstio sit, sed solum vidẽdũ de fructibus ex reliquo bello hereditatis perceptis, an restituendi vel in Trebell. imputandi.

Hic duo tempora distinguenda. Primũ pẽdentis conditionis, vsq; ad eius euentum, secundum post mortem filii vsq; huc.

Quoad primum, quia fructus videntur 230 † percepti iudicio testatoris, videbatur etiamsi in restitutionem non veniant, quia testator id non dixit: neque vlla mora interuenisse eo tempore dici possit, quod requirit *lex in fideicommissaria 18. ad Trebell.* tamen in quartam imputandos, *dict. leg. 18. & l. mulier. 22. §. si heres, ibid.* Idque etiam in filiis primi gradus, qui duas quartas habent, obtinere, plures tradunt, quos refert Gabr. *consi. 12. n. 10. in princ. t. ad Trebell. addit. ad Alex. cons. 165. in fin. lib. 5.* Verum nostro praesertim casu, aliter rem se habere, & fructus filio praecipuos, eiusque heredi relinquendos putauerim, cum non vere conditionalis restitutio nostra dici possit, quasi interim pendeat ius filii, sed substitutio certo casu, vt interim pleno iure translatio facta dicatur. Et quãquam iudicio testatoris ad filium peruenerint fructus, tamen non ita, vt voluerit testator illos fructus filii fieri. Quibus & aliis rationibus DD. magis cõmuniter statuunt, 231 filiũ † fructus, pendente huiusmodi conditione, perceptos, in Trebellianicam imputare, sibi non debere, etiamsi duas quartas integras habeat praeterea. *Gabr. d. consi. 12. num. 10. vers. contrarium, Mas. ad Ferrar. in d. form. lib. 16. ex subst. verb. Ac per fideicommissum. &c.*

232 Fructus † post mortem filii percepti videantur saltem in tempore litis contestationis praestandi, prout sine discrimine etiam in fideicommissis traditur. *l. 1. & 2. & fin. C. de vsur.* & fructus legatorũ. *l. apud Julianũ. 40. §. filius & l. quaesitum 92. §. vlt. de legat. 1.* Ex eo enim moram facere quiuis debitor & in mala fide constitui dicitur. Ideoque teneri de percipiendis, & dd. ll. Verum & hic aliter dicendum, qui enim iusta ex caussa in ius prouocat vel iu233 dicium † suscipit, in mora non est, *l. si quis solemni 24. de vsur.* In specie vero si facto creditoris seu fideicommissarii restitutio dilata sit, id statuit *text. in d. leg. mulier. §. si heres*, prout hic factum, & actor plus aequo etiam petiit. Verum filii bona, & quidem integra sine vlla detractione, legitimae, vel trebellianicae. Imo non sine oblatione cautionis ratione Trebellianicae (quod ipsum requirebatur) *leg. secunda Cod. de vsur.* & fructus legatorum, sed & sine oblatione eius, quod vicissim praestare ius erat, 3000. fl. Verum, sed imo expresse de negatione, quando & vna cum fructibus petiit: quae singula iustam se opponendi caussam praebuerunt Reae, pro vt id vnum caussam iustam praebet, si dubitatur verisimiliter, an Falcidiae locus sit, & an integrum legatum praestandum. *dict. leg. autem in fin. & leg. qui solidum. 80. in princ. de leg. secundo.*

In pari igitur culpa melior conditio est Reae, cuius tamen minor culpa est, vt quae tot iniquis impeditionibus implicabatur: maxime in nostro casu id obtinere debet: cum † fideicommissum non 234 prius debeatur, quam refuso, quod in recompensam, vel pretii quasi loco soluendum erat: praesertim cum testator expresse voluerit, matrem a se non prius dimittere bona, quam omnia illa recepisset: Quod non alia ratione factum, quam vt perceptione & amissione fructuum compesceret & adigeret actores, quo citius subirent negotium, neque ipsa mater duplici damno implicaretur. Alias enim quomodo ipsorum in mora consistentium dilatio fieret, si integri fructus refundendi essent. Antequam autem fideicommissum † petatur, nihil in eo iuris 235 habet fideicommissarius: sicut nec actionem realem vllam ante restitutionem Quod intelligendum cum effectu, & rite: *Dec. cons. 438. Burs. consi. 198. numer. primo.*

Concludo igitur, nec fructus hosce restituendos, sed sibi imputet, qui caussam morae praebuit.

Ex his facile est punctus expensarum definire: cum praesertim vtriusque caussas litigandi non defuisse constat. Ideoque compensandas Sententia, & pronuntiandum.

Sententia.

Ist erkandt / daß gedachte Beklagtin jme Klägern zwen drittheil der Verlassenschafft weyland Caspar von Holtzheim jhres Ehemans / jedoch gegen erstattung vnd erlegung dessen / so jhr durch denselben / in jhrer Heuraths verschreibung dagegen verschafft / vnd verordenet / zu restituiren, einzuraumen / vnd abzutretten schuldig / vnd zu solchem zu condemniren vnd zuuerdammen. Aber von dem vbrigen zu absoluiren seye. Compensatis expensis.

Additio vel declaratio D. Referentis ad suum votum.

VAriantibus dominorum votis Referens declarauit suum votum, se sentire cum auctore. Voti VI. Quoad caussam principalem, prout in additione sui voti mentionem fecit, vt scilicet

sustineantur illa puncta in vim fideicommissi, vel vltimæ voluntatis, vt tamen, Reo legitima & Trebellian. relinquatur.

Quoad legitimam.

236 PVto illam communé esse, fideicommissum † relictum ad heredes filii, scilicet a matre potius, quam a filio relictum videri, si in dubio essemus, *Graff. com. opin. in verb. fideicommiss.* Nos vero cum simus in quæstione clara, non putat attendendá hanc communem opin. cum illa saltem locum habeat in casu dubio. Quæstionis

237 iam est, an † legitima, quæ matri per pactum adimi non possit, iam interpretatiue ex fideicommisso censeatur adempta? Quod legitima non possit adimi ex fideicommisso, putat verius. Faciunt verba clara dispositionis. *D. pactum transformetur in fideicommissum*, quæ verba testatoris nō possunt immutari, tanquam substantialia. Concludit legitimam ex fideicommisso matri adimi non potuisse.

Quoad Trebellianicam?

238 TEstatorem posse bene † prohibere Trebell. *Gomes. Tom. 1. c. 5. de subst. fideicommiss. num. 11.* vbi duas adducit rationes. Vasq. *de succ. progr. lib. 3. §. 26. nu. 17.* concludit, quoad Trebell. quod testator potuerit eam prohibere, vel adimere saltem, &c.

Quoad fructus?

239 VIdentur † restituendi post litis contest. *iuxt. leg. certum, de rei vind.* In nostro vero casu putat locum habere non posse, quia certum est *l. in fideicommissaria, ad Trebell. cum gl. ibid. Godofr.* qui dicit,

240 quod actio † ex testamento negatur secúdum modum bonæ fidei, & non stricti iuris, quia fructus veniunt sic restituendi a die moræ, non a tempore litis contestatæ. *leg. is qui fideicommissum.* Dicitur, post

241 moram, non tantū fructus, sed & omne damnum, quo affectus est, præstare debet, *d. le. 3. is qui.* Moram autem in nostro casu reā commisisse dici non potest: siquidem illa iudicium cum actoribus iuste suscepit. Si quis enim solutioni quidem mo-

242 ram † fecit, iudicium autem suscipere paratus sit, moram non committit. *l. si quis solutione, de vsuris.* An vero iuste vel iniu-

243 ste † prouocarit, id apud Iud. examinand. erit. *l. mora fieri, d. titu.* Si igitur recte perpendatur casus noster, maxime quoniam is ex consuetudine consistere non possit, certe alias dicere non possimus, quin sit valde dubius & grauis, qui cui ius & peritissime iustam caussam sese opponendi præbere possint.

Ex quo puto, Ream iuste sese opposuisse, & exceptiones suas allegasse, quod possunt facere secundum *leg. sciend. est, de vsur. & fruct.* quam declarat leq. *l.* si modo id ipsum non fraudandi caussa simuletur *le. & qui sine, de R. I.* Et dicitur † exceptio le- 244 gitima, quæ replicatione non eliditur. Sed certum est actores nostros vigore pactorum plus petiisse, quam illis debebatur. Ideoque Ream legitimam exceptionem opposuisse, ab actoribus minime elisam: Ita vt Reain † nulla mora reperiatur, 245 nec damno ipsa esse possit. *Iux. l. si longius. C. de exsecut. rei iud.* Cum itaque ex indebita petitione Rea omnino incerta fuerit, & iuste ignorauerit, quid illis actoribus deberetur, sequitur vt perinde habenda sit, ac si facta omnino petitio non fuisset: Fructus in † restitutionem nō venire secun- 246 dum *l. fideicommissariam. Ad Trebell. vbi Bart. volu. 2. numer. 14.* Rationem assignat Castr. *in le. postulante, sed & huiusmodi. nu. 4. ad Trebell.* Et altera videtur esse ratio: quia in restitutionem solum † veniunt 247 ea, quæ sunt hereditatis, in qua fructus non continentur, *dict. leg. fideicommissariam. §. quoties. & sic iuxt. gl. ibi verb. accepto fruatur, &c.* fructus non veniunt, nisi heres fuerit in mora.

Et his non obstat, quod fructus † veni- 248 unt in petitione hereditatis, & augent hereditatem, *per leg. item veniunt. §. proximus, de petit. hereditatis.* Ergo fructus quoque veniunt in restitutionem. Quia respon. ibi fructus non percipi ab herede vero, sed ab alio possessore. Sed hic a vero. Ergo desinit esse hereditas. *leg. 1. 3. veteris, de acquir. poss. vbi Br.*

Nec obstare videntur *lex. certum, & c. Raynutius, de testam.* aliaque in contrarium allegata. Puto enim illa tunc procedere, quando aliqua res, expressa iusta ac debita actione ab aliquo petitur, ita vt verisimiliter scire potuit, an deberet aliquid actori, vel non, vt apparet ex c. allegato, vbi hereditas ex fideicommisso expresse est petita: quod in casu nostro non contigit. *Var. Br. in l. non possis videri, de R. I.*

Et quamuis obiici possit, Ream hic in errore iuris versari, qui error possessorem † non excusat, quo minus post litem cō- 249 test. fructus perceptos restituere debeat; *vt sentit Br. in leg. sed et si lege. §. scire, de petit. here. & alii DD.* tamen sunt, qui etiam contrarium sentiant, *Dynus in c. possessor, de regulis iuris in 6. vers. Quæri posset, &c.* Et hanc opinionem primo sequendam.

Quia

Quia vtraque pars in iure errauit, ita vt idē sit, ac si petita illa hereditas omnino non fuisset, ita vt locum habere possit, quod dictum de negligentia non petentis.

VOT. VII.

Ego secundus votans, correferens scill. Repetendo votum meum, concludo cum iis Dominis, qui pro pactis pronuntiandū esse existimant, atque illa etiam per viam fideicommissi saluari posse statuo. Quia a. ex nostra allegata dispositione constat, fideicōmissum hoc impersonaliter relictū, nec expressum videtur a quo. Ideo in illo dub. ę rationis Doct. opin. est, censet relictum † ab herede filii, scilic. matre non ab ipso filio. *Soarez. comm. opin. verb. fideicommissum numer. 105.* At quia bona, super quibus dispositio illa facta est, non filii, sed patris disponentis propria fuerūt, cui † liberum fuit, pro arbitrio de iisdem disponere, & illa fideicommisso, vel alio onere grauare, *iuxta l. in re mandata C. mandati.* Sequitur, quod † matri hoc casu aut nulla legitima, nisi saltem in bonis filii aliunde quaesitis, debeatur, aut si debetur, ei tamen onus aliquod imponi, vel ad restitutionem eius grauari mater potuit, *text. est singularis in l. fundum, per fideicommissum, 94. §. fin. cum l. vbi Br. de leg. 1.* Licet enim filius per patrem † in legitima per fideicommiss. grauari non possit, succedentes tamē ipsi filio vel venientes ab intestato grauari possunt. *Alexan. in leg. 1. §. fi. nume. 3. de vulg. & pupill. & ibi Br. nume. 4 vbi rationem reddit, & in l. si Titio 95. § sicuti. num. 1. & 2. de leg. 1. Soarez. d. loco nu. 109.*

Vnde distinctionem † faciendam existimo inter legitimam, quae debetur iure naturae loco alimentorum, vt est descendentium: & eam, quae debetur iure ciuili, vti est ascendentium, illa minui, aut in totum tolli non potest, haec vero maxime. *Aciat. in tr. praesumt. 18. nume. 2. vbi additio Ioan. Nico. Villob. comm. opin. verb. legitima nume. 621.* Cum † alimenta iure naturae ascendentibus non debeantur, *Brun. in tr. de statut. a successs. faem. exclud. artic. 1. princip. 22. 23.* Et haec maxime procedunt, quando subest rationabilis caussa disponendi, prout in nostro casu, vbi caussae dispositionis sunt † conseruatio familiae & agnationis, quę publicam vtilitatem respiciunt, item, ne bona distrahantur vel vna perueniant a fam. sed vnica permanerent in fam. quibus † casibus legitima non detrahitur, dummodo in totum alimenta nō tollantur, *Ioan. Nicol. in addit. ad Alciat. in tr. praesumt. reg. 1. praesumt. 8 nume. 6.* Huc venit, quod ex d. ctis rationibus de comitatibus & aliis † dignitatibus etiam legitima liberorum non detrahatur, ne scilicet tales dignitates distrahantur, vel dismembrentur, prout inquit Guid. Pap. *consil. 140. num. 3.*

Quare cum nos versemur in fideicommisso, impersonaliter relicto, & in tali casu, quo matri aut nulla debetur legitima, aut si debetur, onus tamen, imponi, aut ad restitutionem grauari potuit, *per supra deducta.* Ipsa quoque mater in hanc dispositionem consenserit, vel saltem ratam habuerit, *prout in voto meo deductum*, atque sic ex contractu ad eius obseruantiam obligauerit, quod facere potuit, *iuxta l. penultim. C. de pactis. Guid. Pap. d. consil. 140. num. 3.* Nec de mutatione voluntatis disponentis nobis quicquam constet, & alias vnius † cuiusque disponentis voluntas lex sit, dicere habemus, relictū ab eo fideicōmissum, † a quo secundum mentem disponentis optime valere potuit, vt actus potius sustineatur, quam pereat, *Bart. in l. centurio. num. 371. in fin. de vulg. & pupil.* Non igitur video, cur matri ratione legitimae & Trebellianicae (quod etiam † in totum prohiberi potest) *Portius lib. 6. com. concl. 5 verj. Et quia veritas*, plus adiudicare debeant, quam in pactis est expressum, maxime cum tantū accipiant, vt alimenta habere possit.

Concludo igitur vt in priori voto meo Reos scil. ad restitutionem omnium bonorum a Caspar von Holtzheim/ Medio. relictorum, reseruatis tamen iis, quae vigore pactorum Reae nostrae debent, condemnādos esse.

Quod si Domini maioribus votis conclusserint, nostro casu matri legitimam cōpetere, aliter ei adiudicare non possunt, quam faciendo separationem bonorum, vt scil. de illa tantum parte, quae Caspari von Holtzheim/ medio tempore mortis parentis sui competebat, legitima detrahatur, & non de omnibus bonis, quorū duae partes duabus sororibus, actricibus matris ab intestato ex hereditate paterna competebāt. Alias namque pacta illa nullius viderentur esse effectus, & res redigeretur in eum statum, quo fuit, antequam dicta dispositio confecta erat. Actrices que nostrae nihil aliud consequerētur, quā quod illis alias ab intestato, si pacta in rerum natura non fuissent, competiisset.

Quoad fructus, repeto prius votum meum, & condemno, Reos ad eorum restitutionem post litem contest. propter malam † fidem, ex qua mora inducitur, *per gloss. in cap. Rainutius verb. contestata, de test.* Expensas compensabo.

Tertius votans, repetit votum suum. Quartus & Sextus votantes, similiter.

Quintus votans. Repetit similiter votũ suum, addens tamen, si eius esset sententiæ, & pacta subsistere posse putaret, vellet accedere votis eorũ dominorũ, qui in totum pacta saluare volunt, propter expressam mentem & voluntatem disponentis, nec matri hoc casu legitimam, vel Trebellianicam relinquere; sed eam contentam esse debere iis bonis, in pacto sibi reseruatis. Quoad fructus concludit cum sexto votante. Allegat pro cõfirmatione suæ op. Guid. Pap. *decis. 496.*

SENTENTIA.

IN Sachen Adolff Grünholtz/ vñ Balthasar vom Stahl/ jetzo ermeldten vom Stahl allein betreffendt/ Klägern/ Eins/ wider Weyland Theines von Holtzheim hinderlassene Wittib/ Stephanam von Weissenkirchen/ Beclagte anders theils/ Ist allem vorbringen nach zu Recht erkant/ das gedachte Beclagtin/ Weyland Caspars von Holtzheim jhres Ehemannes Verlassenschafft/ so viel deren zu jhren Händen kommen/ ausserhalb/ waß jhr Vermög der zwischen jhnen auffgerichter/ vnnd in lite angezogener Hewrahtsberedung gebühret/ sambt denen/ von zeit an beschehener Kriegsbefestigung auffgehabenen Nutzungen/ obgemeldten Klägern volgen zulassen/ würcklich einzuraumen vnnd zuzustellen/ schuldig seye/ Als wir sie zu solchem hiemit condemnirn vnnd verdammen/ Compensatis expensis, &c.

Ferners/ In caussa interuentionis Catherinę von Holtzheim verordnete Curatorn ad litem in actis benant/ Klägern Eins/ wider Balthaser vom Stahl/ vnnd Weyland Theines von Holtzheim hinderlassene Wittib/ Stephans von Weissenkirchen/ Beclagte anderstheils. Ist allem Vorbringen nach zu Recht erkand/ das gedachte Beclagte von angestelter Klage zu absoluieren/ vnnd erledigen seyn/ Als wir sie hiemit absoluieren vnnd erledigen/ Compensatis expensis publ. 16. Septemb. anno 98.

Postea 31. Ianuarii anno 98. sequēs sententia in pũcto exsecutionis in eadem caussa lata.

IN Sachen Adolff Grünholtz. ꝛc. Ist D. Pierio seyn/ des 29. diß der declaration pœnæ halben beschehen Begeren noch zur Zeit abgeschlagen/ sondern erkandt/ das D. Perlenbach deren berürts Tags Vorbrachten exceptionen vnuerhindert/ nachmalen vñ in zeit der Pön/ den außgangenē bey verkündten vnd reproducirten Keyserlichen exsecutorialn einuerleibt/ so jhme pro termino & prorogatione, von Ampts wegē darzu eingesetzt/ gleublig anzeigen zuthun/ das den alles jhres Innhalts gehorsamlich gelebt seye/ sub euentuali declaratione, Vnd ist gegen D. Perlenbach/ von wegen gedachter exceptionen, einuerleibter vngegründer vnd vnbescheidener Anzeige/ die Straff eines

Marck

Marck Silbers hiemit vorbehalten, &c.

Perlenbach ideo punitus, propter dictarum exceptionum intitulaturam, quæ erat notorie nulla, &c. Et quod in iisdem sententiam Cameræ tanquam manifeste nullam impugnabat: cum tamen exceptio nullitatis contra sententiam Cameræ in eodem iudicio proponi non possit, sed per viam revisionis hoc faciendum. So hatet er auch erst caussam principalem in puncto executionis disputieren wöllen / vnd also honorem iudicum, wie sein Jurament mit sich bringt / nicht in acht genommen.

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM

Cameræ Imperialis.

SYNTAGMATIS III.

DEC. III. VOTVM. IV.

Andreas Blum appellans.

Contra.

Vollhard Seckbach appellatum.

De appellationibus.

SVMMARIA.

1 *Appellatio quod tolli possit a Principe vel lege, notissimi iuris est.*

2 *Cumulatio summarum fieri potest quando contenditur de conservanda iurisdictione. Item quando plures summæ eadem actione debentur, & sic ex eadem caussa in pluribus parvis summis quis condemnatus fuerit: secus si ex diversis actionibus, num. 3. 4. & 7.*

5 *Favorabile videtur caussā deferri ad Principem: Odiosum contra excludere illū, qui limitatam habet iurisdictionem vel privilegium ad certam summam de nō appellando.*

6 *Appellatio redditur deserta, nisi constitutiones municipalium observētur, licet fuerit appellatum ad Principē vel Papam.*

8 *Iudex sine consensu vtriusque partis omisso puncto appellationis in caussa principali procedere non potest, & præsertim appellato invito.*

9 *Pronuntiando male iudicatum, bene appellatum, devolvitur omnis iurisdictio ad iudicem appellationis, nec caussa est remittenda, ita vt super caussa principali pronuntiare possit.*

10 *Sententia præcipitanter lata nulla est.*

11 *Mos & consuetudo toleratur in iudiciis, modo substantialia obseruentur.*

12 *In mercatorum caussis omissis solemnitatibus procedi solet de æquo & bono.*

13 *Iudex potest virtute solius confessionis, licet reliquus processus esset ex toto null⁹, ferre sententiam.*

14 *Nullitatibus talibus commissis, quæ nullo modo salvari possunt, si tamen incidenter tantum, & non principaliter proponuntur & deducuntur, ratio earum nō debet haberi.*

15 *Appellans a sententia nulla, non obtinet in caussa appellationis, nisi iustificet ipsam appellationem, probādo legitime interpositam quoad omnia solemnia appellationis.*

16 *Appellans si dicit, sententia est nulla & si qua est, appello, videtur incidenter proponere nullitatē. Sic & quando petit iterum pronuntiari in caussa appellationis, num. 17.*

18 *Appellationi nisi iudex detulerit, remissione non est opus, licet inhibitum sit.*

19 *Inhibitio tendit tantum appellatione pendente.*

20 *Appellatio si pronuntiatur illegitima,*

iudex a quo recuperat suam iurisdictionem, & procedere potest.

21 *Ex stylo Cameræ receptum est, vt semper inhibitione emanata remissio fieri soleat.*

22 *Appellatio ad certum modum restricta in casu permisso, siquidem vel in minimo requisito priuilegii sit defect⁹, deseritur.*

IN NOMINE Domini, Amen.

APpellatus petit appellationem non deuolutam pronunciari, item condemnari in pœnas friuole appellantis, & priuilegii: tertio ratione iniuriarum, ex officio appellantem plectendum. Appellans contra appellationem recipi, litem contestari, grauaminibus responderi, denique petit commissarios deputari ad reiterandum calculum, item sententiam esse nullã.

Contra deuolutionem opponitur, summam priuilegio Candelburg non esse cõformem: sortem n. petitam non attingere 600. gulden/ iuxta priuilegium Cãdelburgense. De priuilegio disputare superuacuũ 1 puto. Nam quod † appellatio possit tolli a principe vel lege, notissimi est iuris, & tractatur per Couar *pract. q. c. 23. nu. 6.* Nostra difficultas cõsistit in eo, an summæ con & reconuentionis coniungi possint Et communis Doct. sentẽtia esse videtur, quod vbi 2 † contenditur de conseruanda iurisdictione, & sic in fauorab lib summarum cumulationẽ fieri posse. *Doct. in l. si idem, vbi Dec. nu. 2. Br. nu. 1. Ias. nu. 3. Zas. nu. 11. de iurisdict. om. iud.* Suadet a. hic æquitas cumulationẽ fieri, ne fauorabilis & ordinaria iurisdictio Cameræ impedimentum recipiat, *Bl. in d. l. si idem. in pr. vers. in gl. quæ incipit fundant se. Doct. in l. si quis separatim §. 1. de appel.* Sed hæc omnia intelligenda sunt respectu iu-3 risdictionis, quando † plures summæ eadẽ actione debentur, & sic ex eadem caussa in pluribus paruis summis quis cõdemnat⁹ fuerit: quia tunc cumulatio fieri potest, secus si 4 ex † diuersis actionib. *Dec. in d. l. si idem nu. 4. & 8.* Responderi ẽt potest, quod licet vi-5 deatur † fauorabile, ꝙ caussa ad Principem deferatur, tamẽ & odiosum videtur excludere illum, qui limitatam habet iurisdictionem vel priuilegium, ad certã summam de non appellando, *Dec. in d. l. si idem in pr. nu. 16.* Sic ẽt in diuersis summis non fit cumulatio. In nostro casu non sunt cumulatæ plures actiones in vno & eodem libello, nec ex eadem caussa descendunt, imo sunt diuersissima & separata. Appel. n. ex cõtractu mutui petiit 1000 Marck/ appellans ex cõtractu societatis 746. Marck/ quæ actiones sunt diuisibiles, sicut & caussa ipsa, maxime cum mutuum illud diu ante contractã societatem sit factum, ac in cõtractu societatis nulla eius fiat mentio. Vnde cumulatio harum actionum ad excludẽdum Candelburgẽse priuilegium fieri non poterit. Nec obstat *d. l. si quis separatim.* quia ibi plures summæ, vna actione cõprehendebantur, & ideo cumulate inspiciebãtur, & non separatim. *Br. in d. l. si quis separatim. §. 1.* Præterea an debeantur 746. Marck/ nunquam venit in notionem iudicis, vnde desuper nihil iudicatum, nec vllum appellanti desuper grauamen illatum. Lis fuit, vter prius esset audiendus, & an Blũ 1000. Marcas soluere deberet. Nec auget summã, quod appellans prætendit sum mã der 1000. Marck/ coniunctam cum interesse, excessuram summam priuilegii: quia illud forte locum sibi vindicare posset, si summa pendente lite in primo iudicio fuisset aucta, & excederet iurisdictionem, *per l. amplioré C. de app. Br. in d. l. si idẽ in pr. nu. 8.* Adde, ꝙ hoc debitum videatur esse non tantũ liquidum, sed & confessatum. Quo in casu appellationi iuxta priuilegium Cãdelburgense nõ est locus, qualiscunq; sit summa, ibi, In Sachen bekendliche Schulden. Deinde non satis constat ex actis, ꝙ priuilegio (dato, summã illi conformem) plenarie satisfactum. Requirit. n. vt appellãs intra decendium præstet iuramentum ꝙ credat se iustam fauere caussam, & neq; friuole appellare, & aduersario idonee cauere Quorum neutrum ab appellante præstitum vi-6 deo. Sed nisi † constitutiones municipaliũ obseruentur, appellatio redditur deserta, licet fuerit appellatum ad principem vel Papam. *Roman. consil. 2 per tot.*

7 Quod summæ † ex diuersis actionib. in vno eodemq; libello petitæ & adiudicatæ, non fuerint ad fundandam iurisdictionem Cameræ accumulatæ extstat præiudicium in caussa Mariæ von Liebenstein, contra Theoderich Frisen & consorten. Decisum 15. Iun. anno 58. Et licet Domini manifestissimam iniquitatẽ in actis deprehenderint, tamen caussa est remissa cũ expẽsis. Quanto magis hic, vbi de iustitia constat. Friuola est replicatio appellantis, quę vult, priuilegium tum demũ locum habere, quãdo iuste fuerit pronũciatum: non autem si inique. Si enim hoc admitteretur, priuilegiũ esset plane illusorium.

8 Quoad nullitates, verum quidem, quod iudex † sine consensu vtriusq; partis omisso puncto appellationis, in caussa principali procedere non possit, & præsertim inuito ap-

to appellato, *c. cordi. & ibi Anchar. nu 6. in fi. de appell. in 6.* Sed videtur defendi posse ex eo, quod caussa principalis corã iudice appellationis, aliquo modo fuerit disputata & discussa, contra non protestante aduersario, & sic tacite prorogata, tacite fistem, per not. *in l. si per errorem. de iurisd. om. iud.* Et quod magis est, pronuntiãdo † male iudicatum, bene appellatum, deuoluitur omnis iurisdictio ad iudicem appellationis, nec caussa est remittenda, ita vt super caussa principali pronuntiare possit, *ca. vt debitus & ibi glo. verb. alioqui & Philip. Fra. nu. 46. & 49. de appel. in 6.* Et sic pronuntiandum primo, bene appellatum, quod & Candelburgenses secuti sunt.

10 Quod autem allegatur, sententiam † præcipitanter latam & sic nullam, *l. prolatã C. de sent. & interloc om. iudic.* primo mos † 11 & consuetudo toleratur in iudiciis, modo substantialia obseruentur. *Rota. dec. 4 in fin. in Nouis de appell. Vant. de nullit. sent. ex defectu citationis nu. 126.* Attestantur Candelburgenses, in debitis summarie procedi Cãtelburgæ, & in summariis tot solemnitatibus opus non esse, cum & alias † in caus- 12 sis mercatorum omissis solemnitatib. procedi soleat, de æquo & bono. *Parif. cons. 78. nu. 22. vol. 3. Port. cons. 47. nu. 29.*

Præterea hoc nostrum mutuum est in confesso, & probatur per chirographum recognitum. Et potuit iudex † virtute solius confessionis, licet reliquus processus esset ex toto nullus, vel propter modum agẽdi, vel ratione mandati inepti, ferre sententiam. *Franc. in c. dilecto. de appel. nu. 5.* 13

Tertio non obstat, quod concordia non fuerit tentata corã arbitris, iuxta statutũ Candelburg, quia illud videtur militare quando caussæ sunt intricatæ.

14 Et dato, nullitates † tales cõmissas, quæ saluari nullo modo possent, tamen quia incidenter tantum, & non principaliter propositæ & deductæ, earum ratio non datur heredi. Nam † appellans a sententia nulla, 15 non obtinet in caussa appellationis, nisi iustificet ipsam appellationem, probando legitime interpositã, quoad omnia solemnia appellationis, *pulcre Philip. Franc. in d. c. dilecto, n. 4.* Ratio, quia vim quam elegi sequi debeo. Quod a. incidenter tantum hic veniant nullitates, ex ipso instrumẽto appellationis, citatione & processu appatet. Si n. 16 appellans † dicit, sententia est nulla, & si q est, appello, videtur incidenter proposita 17 nullitas, sic† & quando petit iterũ pronuntiari in caussa appellationis. *Fran. in d. c. dilecto nu. 63. vers. 26. & nu. 65.*

Quid pronuntiandum.

Appellationem non deuolutam, caussã remittendam, & appellantem in expensis condemnandum. Verum quidem, quod nisi † detulerit iudex appellationi, remissione non sit opus, licet inhibitum sit, quia 18 inhibitio † tendit tantũ appellatione pendente: si nunc illa † illegitima pronuntia- 19 20 tur, iudex a quo recuperat suam iurisdictionem, & procedere potest. *Franc. in d. c. vt debitum. de appell.* Sed quia hic dubium, an appellationi iudex detulerit, notarius autẽ delatum asserit, iudex negat, ac tam ipse iudex, quam appellatus eam remitti petat, & fere ex † stylo Cameræ receptum sit, vt 21 semper inhibitione emanata, remissio fieri soleat, ego quoq; iunctis his omnibus id sequendum puto. Reliquas submissiones, condemnationem sc. in pœnas priuilegii, quia ordinarium processum desiderant, & probationem doli, tacite prætereo.

Ad differendam solutionem & litem, appellatum videmus, sed quia solutio hæc sortis cum interesse appellanti satis grauis futura sit, maxime cum & de paupertate sua aliquid alleget, ex æquitate Canonica condonãdum putat.

D. Knorr.

Cum refer. quia fit cumulatio summarum ex diuersis actionibus a diuersis personis, & in contrarium finem, quo casu sumus omnino extra terminum allegatarum legum. Alia ratio quia appellatio nostra non continet recõuentionis casum, in quo nec pronuntiatum nec pronuntiari potuit, quia non liquebat. *Mynsing. cent. 1. obseruat. 10.*

Si appellatio † ad certum modum restricta sit in casu permisso, si quidem vel in minimo requisito priuilegii sit defectus, appellatio deseritur. *Tiraquell. de retract. conuent. gl. 6 § 4. num. 25.* Pronuntiat igitur caussam non deuolutam. Quoad pœnam, putat arbitrio dominorum eam constituẽdam. Nec mouetur, quod Abschiedt satis magnam pœnam statuat, quia non cẽsetur arbitrium & moderatio iudicis ex caussis & circumstantiis sublata, quia alioqui aliquando non, aliquãdo nimium puniendus veniret. 22

D. Lichtenberger.

Cum D. referente. Repetendo votum in caussa Libbes contra Molden. In pœnas non vult condemnare, quia appellatio nõ vsque adeo friuola videtur.

D. Eoboldus.

Non esse deuolutam. Cum D. refer. pœnam putat omittendam.

KK 3

SENTENTIA.

8 IN angemaster Appellation Sachen Andreas Blumen appellanten/ cõtra Seckbach appellaten/ ist erkent/ das solche Sach durch vorgenommene appellation an dieses Keyserlich Cammer Gericht nicht erwaschsen/ Sondern an Richter nechst vorgehẽder Instantz zu remittirn vnd weisen sey/ Als wir sie auch hiemit remittiren vnnd weisen / darzu gedachten Appellanten jhme dem Appellaten in die Gerichtskosten derwegẽ auffgelauffen nach rechtlicher Mässigung zuentrichten vnnd zubezahlen fellig ertheilend. Relata & publicata 3. Septembris anno 74.

DEC. II. VOTVM. III.

In caussa Stoffel von Leidhecken/ genant Kleindröst zu Blawfeldt Appellant.

Contra

Stephan Weidenbusch/ Bürgern zu Wissenheim appellatum.

Mandati, de relaxando sequest. &c.

SVMMARIA.

1 *Immissus ex primo decreto in actione personali, custos solum & nudus detentor fit rei immissa, & num. 5. Vnde fructus ad debitum compensare cogitur, & in sortem conferre, num. 2. Ita vt nec alij ex iis debeat, nu. 6.*

3 *Decretum secundum parat plenum praeiudicium.*

4 *Immissus ex secundo decreto verus rei possessor declaratur, & plenum eius dominium acquirit.*

7 *Oblatio sola sufficit, praecipue quando offerens habet pecuniam ad manus, & maxime si pars recuset accipere.*

8 *Oblatio verbalis sufficit, si debitum non est liquidum. Impedit dist. actionem pignorum, & monet rescissionem venditionis facta, num. 9.*

10 *Statuta non sunt aliter firma, quam si a superiore confirmentur.*

11 *Statutum factum vel conditum esse non sufficit, nisi etiam acceptatum & vsu obseruatum fuerit.*

12 *Ad statuti validitatem quae desiderantur, sunt probanda ab iis, qui se volunt in iis fundare.*

13 *Statutum non valet, vt immissus ex primo decreto fructus suos faciat.*

14 *Statutum, quod ex sola contumacia, vltra quam debitum sit, aliquem priuaret, iniuria potius dici posset, quã iuris appellatione veniret.*

15 *Immissio ex primo aut secundo decreto caussa cognitione non praeuia facta nulla est.*

IN NOMINE Domini, Amen.

PVncta duo, executorialiũ & Mandati de relaxando sequestro, restituendo, & amplius non turbãdo, submissiones plures. Nam & Elector & Leidhecken / paritionem sufficiẽtem pronunciari: Weidenbusch contra, cum mandato executoriali non omnino sit paritum, petit declarationẽ. Deinde Elector & Leidhecken sequestrũ relaxatum, Weidenbusch contra, se in sua immissione turbatũ, ideo pdictos electorẽ & Leidhecken/ in poenam mandati de relaxanda sequestratione declarari petit. Petit quoq; Weidenbusch in puncto executionis suos articulos probatorios (quib⁹ probare conatur bonorum, in quae est immissus, vigore statuti quod in Weissenheim valere praetendit, esse verum Dominũ factum, praecipue cum pclama tribus vicib⁹ per lictorem in Ecclesia fuerit factum) ad probandum admitti, cõmissarios deputari. Contra, Leidhecken eos tanquã super fluos & huc

& huc impertinentes, reiici petit. Deinde Leidhecken ad deductionem calculi petit com[m]issarios zuuerordnen, quod etiam Weidenbusch petit.

Putarem quoad domum, executoriali mandato sufficienter paritum, maxime cũ noua in duplũ sit antiqua destructa melior.

Quoad damna & interesse immissum esse in Neulandt pro modo debiti. Sciendũ autem quod Weidenbusch tantum agit cõtra personã Bertrami von Leidhecken, ex qua actione, non possessionem, sed tãtum detentationem acquirit, *Menant. 6. parte iud. de contu. 2. memb. nu. 12.* Quapropter Weidenbusch saltem † ex primo decreto fuit ad debiti modum iuramento firmati immissus, & sic Custos solum factus est rei, cuius solum possessionem consequitur. Nam † fructus ad debitum compẽsare cogitur & in sortem conferre, *per glo. Dyn. & Bart. in l. si finita §. Iulianus ff. de damn. l. in possessionem, & l. cum proponas C. de bon. auctor. iud. poss. d. & in cap. quoniam frequenter, vt lite nõ contestata.* Sin autẽ Leidhecken cõtumax fuisset, tunc demum contra illum potuisset procedi ad immissionem ex secundo decreto, & illud † parat plenum praeiudicium, & verus † possessor declaratur, & plenum totum Dominum acquirit, *l. Fulcin. §. 1. & § quid si ff. ex quib. caus. in possess. eatur. Pan. & gl. in ca. quoniam § in alijs, vt lit. non contest.* Quia autem Weidenbusch tantum † ex primo, non autẽ ex secundo decreto in bona dicti Leidhecken immissus est, et illorum verus Dominus non, sed custos tantum pro mensura debiti factus est, *d. l. Fulcinius & ibi gl.* nec lucratur fructus, nec et † ex iis debet ali, sed tantum tenet pignus rei seruandae caussa, *l. si quis ff. de priuileg. credit.* Et quia Dominus a iudice ex secundo decreto non est constitutus, merito igitur possessionem (maxime cum duplum precii fere Weidenbusch acceperit) dicto Bertramo restituere tenetur.

Tertio mandato executoriali Leidhecken paruisse ex eo ostenditur, quod omnia sua bona in Callern sita, loco dãnorum hypothecauerit. Quarto quod de expensis taxatis omnino se satisfacturũ obtulit Leidhecken. Quinto facit, quod Leidhecken aurum & argentum deposuerit, ex quo apparet ipsum omnino satisfacere voluisse, vt in der Anzeige.

Ex quibus infertur, Leidhecken mandato executoriali sufficientissime & vltra modum paruisse.

Verum cum Weidenbusch, anno 63. 64. 65. & 66, canonem a colonis D. Leidhecken accepisset, dein se in bonis ipsius vltra mensuram & modum sui debiti immissus esset, & iam plus quam ei debebatur accepisset, tunc elector CC. anno 66. fecit fructus ex illis bonis, in quae Weidenbusch erat immissus, tamdiu sequestrari, donec Weidenbusch ad calculi computationem compelleretur, oblationem Leidhecken coram Schultheissen factam, magni momenti esse. *Barto. in leg. qui Romae, in princip. ff. de verb. oblig.* oblationem † solam sufficere, praecipue quando offerens habet pecuniam ad manus. *Bart. in l. si periculum. in fine de statu liberis, & l. fundum de rescind. vend.* & maxime si pars recuset accipere. Sed si † debitum non est liquidum, sufficit oblatio verbalis *Bald. in l. 1. colum. 2. C. ne liceat in vna, &c.* & talis oblatio † verbalis impedit distractionem pignorum, *l. prius ff. de distractr. pign. Doctores in l. si mora, solut. matr.* & mouet rescissionem venditionis factae. *Bart. in l. fundum. De rescin. vendit.* Apparet Weidenbusch mandatum sub & obreptitie impetrasse.

Non obstat statutum, nec proclama tribus vicibus per Gerichtsdiener in Ecclesia absente Leidhecken factum.

Nam licet statutum tale in Wissenheim extaret, tamen statuta † non sunt aliter firma, quam si a superiore confirmentur, nec † sufficit statutum esse factum, vel conditum, nisi etiam acceptatum & vsu obseruatum fuerit, *Mynsing. respon. 10 num. 78.* Et omnia † quae desiderantur ad eiusmodi statuti validitatem, sunt probanda ab iis qui se volunt in iis fundare. Deinde tale statutum non patrocinatur Weidenbusch, cum hic nõ versemur in terminis aeris alieni, in quib. terminis ipso Weidenbusch affirmante, statutum loquitur sed executionis, in qua Leidhecken taxatis expensis, se satisfacturũ promisit prouocando saepius ad calculi computationem. Accedit, quod Weidenbusch ꝓpria auctoritate proclama & nõ p auctoritatẽ magistrat' fieri curauit, ergo Leidhecken nullo modo obesse potest.

Quoad articulos probatorios Weidenbuschen licet ad ꝓbandum admitterentur, tamẽ non releuant, ideo non admittẽdos, sed tanquã impertinentes reiiciẽdos esse.

Pronunciandum puto paritionẽ in vtroq; mandato plus quã sufficienter, & mandatũ de relaxanda seq̃stratione, tanquam sub & obreptitie impetratũ, cassandũ, articulos ꝓbatorios, tanquã impertinentes, reiiciendos, & Weidenbusch in expẽsas Leidhecken condẽnandum. Et quia in hac caussa minus iuste defatigauit, iudicẽ pœnã corporalem electori Weidenbuschen infligendam reseruarem. Quod si Domini mitiorẽ viã sequi voluerint (q̃ magis mihi ꝓbatur) & ã ad calculi deductionẽ & liq̃dationẽ cõmissarios

transacta omnia, & tunc in mundum redacta solum, sigillata & subscripta, & sane testes instrumento scriptos non adfuisse, merid a luce clarius fuerat probandum. *Masc. de prob. lib. 1. quaest. 6. numero 49.* Hic vero vnus solum testis aliquos indefinite non affuisse affirmat, quam facile in duobus illis, qui negantur interfuisse solum, a Rea verificari potest. Requisitio specialis requisitum est ex solemnibus testamenti. Et sufficit hic constare de animo deliberato disponentis post morte, cuius vnius probandi caussa testes adhibentur. *Mas. conclus. 493. in princ. Tiraquell. de priuil. pia caussa priuil. 3. ad fin. fac. l. fin. C. de fideicommiss. & lex. fin. Codice, de codicillis.*

De vltima voluntate subsecuta iam ante dixi, quod non ipsa robur praestet, sed tantum priorem declaret, quod vltima voluntas fuerit & adhuc sit: atque tot insecutae approbationes per Ream, non patiuntur, vt ratio ne voluntatis in dubium reuocetur, † nec potest dici ignara contentorum, cum penes se tam diu habuerit. *Mascard. conf. 780. numero 8. & conf. 915. volu. 2 leg. Aduersarii. Codice, de fide instrumentorum* Et post aditionem quiuis heres censetur † omnia scire, quae testamento continentur. *Masc. conf. 45. numero 54. & concl. 849. in princ.* Nec refert, quod separatus hic punctus & casus alius sit.

Non ideo enim minus tota voluntas quasi approbata dici potest. Quia tamen ipsa approbatione non magnopere opus fuit, cum sufficiat, quod non constet de mutatione subsecuta voluntatis. De consuetudine frustra quaeritur; cum iure communi vtatur, & in primis id inspiciendum, quod actum est & dispositum.

Concludo igitur pactum nostrum, quoad successionem hanc vim vltim. voluntatis habere, & per modum fideicommissi valere, sustineri iure posse, & debere, neque ita etiam restitutionem faciendam & iniungendam Reae. Quae autem praeterea ab actoribus afferuntur, cur Rea omni emolumento priuanda, & indigna sit, ea nihil decisionis nostrae tenorem mutare arbitror. Quanquam enim prima fronte speciem aliquam habeant, quae dicuntur, quod secundas nuptias, non petito prius tutore, nedum rationibus redditis, aut reliquis praestitis, contraxerit, ea tamen ad poenam huiusmodi infligendam non sufficiunt: simul enim probandum fuerat, quod mater tutelam susceperit rite, & administrauerit. Quam enim non suscepit, illam spreuisse, aut contra fidem officii se gessisse, transeundo ad secunda vota, dici nequit. Quo nomine † potissimum poena locum habet. *Dec. conf. 590. numero 5. Gabri. lib. 3. titu. de secundis nupt. concl. vltim. numero 27.* neque ab actore in speciem fuerant probanda. *argum. eorum quae dicit Alexand. in simili conf. 185. numero 10.* Neq; illi probatio videtur obtrudenda, quod minor fuerit, cum delictum aduersarius vrgeat, & poenam exposcat ex illo, quod simpliciter, & omni casu delictum non est. Igitur posito minorem administrasse, & postea maiorem factum secundo nupsisse, non petitis tutoribus, non cadit successione, *Bl. l. omnem numero 9. Codice ad Tertull.* Verum caussa non plene cognita tutelam & fere suscepisse, patet ex eo, quod actores initio statim exsequendo testamento, & rebus peragendis adhibuit. Qui ipsi sese profitentur, & nominant postea angeborne Vormünder (52) ord. 17. (66.) litera C. quo casu datiuis locus non est. Ad haec illi ipsi rationes nullas ab illa exegerunt, quod omissari non praesumuntur. Si vero suscepisset & gessisset, aut si omiserat, eodem crim. damnandi, & partes Reorum praeualebunt, pari in commissis. Magis autem excusatur † mater a poena hac, quia non inuito marito, sed imo expresse in pactis, quasi permittente, ad secunda vota transiit, quod sufficit tacite permissum. *Gabriel. dict. conf. vltim. numero 41. & concl. 1. de Tutel. numero 80. lib. 6.* Nam maritus illi eo casu certo quidem dari voluit, adeo quidem, vt non teneatur prius bona a se dimittere, quam omnia percepit.

Alia excusatio matri ex eo praebetur, quod filius substitutum habuit, ad quem sicut successio praecipua deferenda, ita de tutela prospicere pupillo debuerat, *Gabr. dict. conf. 1. numero 66.* cum mater solum legatarii quasi vita sit, & singularis rei spem habuit, *Gabr. ibid. numero 24, cum seqq.* Facit quod quauis alia ex caussa facile mater excusatur. *Nicol. de vbald. tamen de success. per 2. numero 14. & 17.* Itaque quicquid sit, etsi ponamus matrem priuandam, tamen non ad actores, sed † proximam gradu vterinam successio deuoluta erat. *text. leg. 2. in fin. ad Tertyll. auth. ex testamento. C. de secundis nupt. Bl. conf. 408. in fin. lib. 3. gl. leg. sciant. de leg. here. Alexand. leg. ad optimam. §. patronum. numero secundo tertio, de in ius voc. Gabr. dict. 2. concl. 1, in prin.*

Et

Et filia suo iure, non ex persona matris venit. Ideoq; non obstat, quod superstes exclusa. *glos. leg. Diui de iure patron. & leg. emancipatum. §. fin. de senat.* Et ita nihil actoribus accessisset.

Minus deinde obstat Reæ, quod bona occupauit.

Nam actores suo nomine possessionem nunquam adepti: neque eam post mortem pupilli animo sibi mature potuerunt, quia tutela & administratio exspirauit, tam actorum, quam parochii, a quo Rea claues recepit, ante principis prohibitionem directam solum in futurum, & optimo iure heres bona vacantia occupauit, vt ex manu ipsius fideicommissarius eadem reciperet post plenam demum solutionem 3000. secundum expressam dispositionem testatoris. Imo fideicommissarius 115 † ante restitutionem nullum ius in bonis habet, & propria auctoritate (nisi expresse testator permiserit) occupando iure suo cadit. *Ceph. cons.* 188. *numero* 34. *seq. Dec. consi.* 438. *accurate per leg. non est dubium. Cod. de leg. Ioh. dilect. Duram de arte testam. lib. 5. Cantel.* 32. *numero* 1. 2. 3. neque vllum remedium habet ante restitutionem. *Burs. cons.* 198. *num.* 1.

Stat igitur sententia nostra, actorum intentionem eatenus probatam, nec elisam, vt ipsis fideicommissariis hereditas ex Trebelliano restituenda sit, & eatenus Rea condemnanda.

Quid vero in restitutionem hanc veniat, quidque detrahendum matri sit, plures sese exserunt difficultates, ob diuersitatem bonorum, personarum, & non satis plena dispositionis via, vbi in primis discutiendum. ***An ab ipso filio pupillo, an vero ab eius herede, matre, fideicommissum relictum sit, vt cognosci possit, qua bona patris esse omnia affecta sint, & restitutioni subiaceant, & an legitima & Trebellianica detrahenda & quatenus*** : Item ***quid de fructibus dicendum.***

Et prima facie videbatur, hoc fideicommissum, non ab ipso filio, sed ab eius herede, scilicet matre relictum: & hinc, non illi restituendi onus iniunctum ex verbis dispositionis, sed vnus tantum petat non a matre, sed filio potius relictum. Quatenus non matris mentio fit, non caussa honorandi, aut grauandi ipsam restitutionem, sed magis excludendi omnino a successione sit, vt non nisi exiguum, quod ipsa, non a filio, neque ab eius hereditate consequatur, sed ab aliis quasi heredibus filii seu testatoris: idque in certa quantitate, non quota hereditatis, & non tam pro hereditate, quam loco & vice iuris alias sibi deferendi: neque instituere iubetur ipse, sed tantum promittere, vt alii succedant filio, & ius, & relicta bona occupent, quasi suo iure quodammodo retineat secum bona, vt heredes maturius adigat ad solutionem, & quicquid facti matris interuenit, nudu solummodo ministerium sit, non suo, sed filii nomine, non suis ad se dotatis, sed de filii ad alios transferendis per matrem: sicut & matris mentio. Ideo solum facta videtur, vt non directa, sed fideicommissaria substitutio sit, quæ sustineri possit, vt partes censeantur, sese accommodasse iuribus, & ita disposuisse, vt actus potius † valeat, quam 116 pereat. *Clar. de testibus, quæst.* 72. filii vero mentio satis sit, dum dicitur, mortuo filio, &c. soll matri nicht mehr kommen/ videlicet a filio. Quæ limitatio & exclusio matris reliquos vario eodem modo includit, & quidem, vt omnia ad eos a filio perueniant vnd auff sie kommen/ qui & occupent matris permissu omnia reliqua.

Atque posito, verba esse indefinita, & dubium, an filius vel mater fideicommisso grauata sit, sicuti ad matrem expresse directa dici non possunt, & adhuc communior opinio dicitur, quod a filio censeatur † relictum, non a substituto. *Ripa in leg.* 117 *centurio numero* 26. *Et Gabriel numer.* 49. *teste Claro. d. quæst.* 72. *de vulg. & pupil.* vbi ipse fatetur plerosque pro contraria opin. allegatos, id non dicere aut velle. Nostro vero casu, vbi modo interuenit, nulla videtur dubitatio, quin in dubio grauatus censeatur filius, non eius heres, mater, prout communem eam dicit in nostris terminis, & quidem fortioribus, vbi Ecclesiæ relictum fuit fideicommissum, *Francisc. Aret. cons.* 155. *ad fin.* Quo facit, quod alias coniectura tacita † vel dubia substitu- 118 tio contra matrem in medio existentem nunquam operetur aliquid. *Burs. cons.* 19. *numero* 1. 14. 18. *post Oldrad. cons.* 142. *Bl. cons.* 12. *num.* 1. *lib.* 2. & *cons.* 175. *num.* 4. & *l.* 7. *lib.* 5.

Concludo ergo a filio relictum fideicommissum, quo stante, sequitur, non pupilli bona, sed tantum testatoris restitutioni subiacere. Ita in specie *Ias. in leg. si Titio.* 95. §. *fin. numero* 15. 16. & 30. *de leg.* 1. & *Ias. in leg. ex tribus, numero secundo & tertio. Codice. de inoffic. testamento. Bl. cons.* 203. *in princip. lib. tertio.* Sicut regulariter fideicommisso non grauati, sed grauantis bona afficiuntur. Et grauanti, non

219 granato † succeditur in iis solum, quæ gratus iudicio testatoris accepit, quod in omnibus priuilegiatis substitutionibus, etiam militis locum habet, *text. leg. centurio, 16. l. coheredi. 41. §. filia. in fin. leg. sed si plures. 10. §. ad substitutos. de vulgar. & pup. Leon. in tr. de subst. numero 69. & sequen. Menoch. cons. 135. numero 9. lib. 2. Wes. cons. 94. numero 20. Ferrar. in dict. form. libello, ex substitutione, verb. pupillariter. numero 16. Cranet. cons. 201. numero 1. & cons. 24. numero 12.* Et faciunt verba dispositionis, quibus actores suos dicit heredes, non etiam filios in simili arguit, *Bl. cons. 272. numero 3. & 4. lib. 2. Aret. d. cons 155. decima columna.*

His præmissis. itaque de suis etiam videtur disposuisse, cum præsertim postea regulariter dicit, die vbrigen Haab vnd Güter. non addendo cuius, neque hic extendenda voluntas non expressa: cum specialis modus iure præfinitus sit, filium grauandi, & excludendi matrem. Ex his igitur bonis Caspari medii ante omnia 220 detrahenda † venit legitima filii, quam ad matrem transmiserit sine omni onere. *Bl. cons. 39. lib. 1. numero 4. Gabr. concl. 1. titul. de legit. numero 34. lib. 6. Clar. quæst 72.* Maxime cum mater ex persona sua legitimam in vniuersis bonis habitura fuisset: qua sola ratione Dd. legitimam extraneo competere volunt, legitimam 221 † autem hanc tertiam esse, dubium non est, siue de legitima filii, siue matris agamus. *Alexand. cons. 140. in fin. lib. 1.* Sicut 222 & legitima † parentum non magis prohiberi a testatore potest, quam filiorum, *Guid. Pap. quæst. 478. Gabr. dict. cons. 1. numero 17.*

Quicquid igitur disposuerit, vel voluerit Casparus medius, legitima † omnino 223 detrahenda venit. *Angel. in cons. 105. numero 1. Alexand. cons. 139. in princ. lib. 1. l. Titia, ad leg. Falcid.*

Circa Trebellianicam demum rursus exoritur disceptatio. Quanquam enim 224 dubium non est, fideicommisso † relicto non pure a filio detrahi etiam posse Trebellianicam vltra legitimam, *text. o. Raimutius, vbi Couarr. de testamentis. §. vltim. numero 6. Gail. obs. 120. per tot. lib 2.* tamen quæritur, an non testator noster † Trebellianicam omnino prohibuerit, idque 225 † possit, præsertim si filius etiam legitimam habet? *Decius cons. 480. numero 16. Gabr. cons. 12. num. 10. ad Trebell.* Voluisse autem prohibere testatorem nostrum (vel quasi) ne amplius ad matrem perueniret vllo modo, præter expressa in pactis dotalibus videntur demonstrare verba dispositionis. Ibi, soll matri nicht mehr kommen / & rursus reliqua permittat heredibus suis, &c. Quam geminationem sufficere. *Gabr. d. tit. ad Trebell. concl. 8. & concl. 2. numero 1. vers. contrarium* Verum hæc quidem ad minuendam vel prohibendam Trebellianicam solum forte sufficiebant, non tamen æque, vt legitima ea imputetur. Cum diuerso iure censeantur, & magis expressam dispositionem requirat, id, vt confusio facta dici possit. Itaque etiam in ambiguo hæc interpretatio facienda, vt mater non omnino excidat Trebellianica, sed eo nomine habeat, quantum pactis pro restitutione facienda illi tributum, præter legitimam filii, & ita saltem minuta Trebellianica censeatur filio. Licet enim aliunde id præstandum sit in pecunia, tamen sicut fructus, ita etiam hoc iudicio testatoris acceptum Trebellianicæ imputandum est.

Nec obstat consensus fratris, vel approbatio. Id enim licet circa solemnia omissa, vt nihilominus subsistat voluntas, operari dicantur, non tamen similiter circa ea effectum habet, quæ nec cum solemnibus adhibitis pro arbitrio a testatore disponi poterant, sed specialem modum & verba in specie expressa requirebant, prout nec simplici, aut tacito consensu vires sortiuntur ea, quæ solemniori renuntiatione indigent.

Quin etsi circa hæc expresse consensisset mater, non tamen censenda erit aliter id fecisse, quam respectu restitutionis faciendæ & reorum respectu, quæ sibi ea ratione vicissim ex Trebelliano competebant, non etiam eorum respectu, quæ iure ipso iam olim separata fuerunt, & extra restitutionis aleam posita: vt est legitima: Trebellianica † vero tunc demum 226 incipit competere, cum purificatum est fideicommissum, & casus restitutionis euenit, & tunc primum fideicommissarius incipit habere ius ad rem, *Cephal. cons. 189. numero 29.* Huc igitur mater quatenus onerari potuit, videtur respexisse: Concludo igitur, vt dictum, matri relinquenda esse pro restitutionis quasi pretio seu præmio quæ habentur in pactis.

Restat, vt de fructibus videamus: qui quidem † respectu legitimæ in disceptatio- 227 nem non veniunt, cum in illam † nullo casu 228 imputentur. *text. l. firmus. §. repletionem. C. de inoff. test.* cum & ipsa legitima † pleno 229 iure ad filium transeat, ita vt illius fructuum nomine nulla quæstio sit, sed solum videndum de fructibus ex reliquo bonis hereditatis perceptis, an restituendi vel in Trebell. imputandi.

Hic

Hic duo tempora distinguenda. Primū pēdentis conditionis, vsq; ad eius euentum. secundum post mortem filii vsq; huc.

Quoad primum, quia fructus videntur 230 † percepti iudicio testatoris, videbatur etiamsi in restitutionem non veniant, quia testator id non dixit: neque vlla mora interuenisse eo tempore dici possit, quod requirit *lex in fideicommissaria 18. ad Trebell.* tamen in quartam imputandos, *dict. leg. 18. & l. mulier. 22. §. si heres, ibid.* Idque etiam in filiis primi gradus, qui duas quartas habent, obtinere, plures tradunt, quos refert Gabr. *consi. 12. n. 10. in princ. t. ad Trebell. addit. ad Alex. cons. 165. in fin. lib. 5.* Verum nostro præsertim casu, aliter rem se habere, & fructus filio præcipuos, eiusque heredi relinquendos putauerim, cum non vere conditionalis restitutio nostra dici possit, quasi interim pendeat ius filii, sed substitutio certo casu, vt interim pleno iure translatio facta dicatur. Et quāquam iudicio testatoris ad filium peruenerint fructus, tamen non ita, vt voluerit testator illos fructus filii fieri. Quibus & aliis rationibus DD. magis cōmuniter statuunt, 231 filiū † fructus, pendente huiusmodi conditione, perceptos, in Trebellianicam imputare, sibi non debere, etiamsi duas quartas integras habeat præterea. *Gabr. d. consi. 72. num. 10. vers. contrarium, Mas. ad Ferrar. in d. form. lib. 16. ex substit. verb. Ac per fideicommissum. &c.*

232 Fructus † post mortem filii percepti videantur saltem in tempore litis contestationis præstandi, prout sine discrimine etiam in fideicommissis traditur. *l. 1. & 2. & fin. C. de vsur.* & fructus legatorū. *l. apud Iulianū. 40. §. filius & l. quæsitum 92. §. vlt. de legat. 1.* Ex eo enim moram facere quiuis debitor & in mala fide constitui dicitur. Ideoque teneri de percipiendis, & dd. ll. Verum & hic aliter dicendum, qui enim iusta ex caussa in ius prouocat vel iu-233 dicium † suscipit, in mora non est, *l. si quis solemni 24. de vsur.* In specie vero si facto creditoris seu fideicommissarii restitutio dilata sit, id statuit *text. in d. leg. mulier. §. si heres,* prout hic factum, & actor plus æquo etiam petiit. Verum filii bona, & quidem integra sine vlla detractione, legitimæ, vel trebellianicæ. Imo non sine oblatione cautionis ratione Trebellianicæ (quod ipsum requirebatur) *leg. secunda Cod. de vsur.* & fructus legatorum, sed & sine oblatione eius, quod vicissim præstare ius erat, 3000. fl. Verum, sed imo expresse de negatione, quando & vna cum fructibus petiit: quæ singula iustam se opponendi caussam præbuerunt Reæ, pro- vt id vnum caussam iustam præbet, si dubitatur verisimiliter, an Falcidiæ locus sit, & an integrum legatum præstandum. *dict. leg. autem in fin. & leg. qui solidum. 80. in princ. de leg. secundo.*

In pari igitur culpa melior conditio est Reæ, cuius tamen minor culpa est, vt quæ tot iniquis impeditionibus implicabatur: maxime in nostro casu id obtinere debet: cum † fideicommissum non 234 prius debeatur, quam refuso, quod in recompensam, vel pretii quasi loco soluendum erat: præsertim cum testator expresse voluerit, matrem a se non prius dimittere bona, quam omnia illa recepisset: Quod non alia ratione factum, quam vt perceptione & amissione fructuum compesceret & adigeret actores, quo citius subirent negotium, neque ipsa mater duplici damno implicaretur. Alias enim quomodo ipsorum in mora consistentium dilatio fieret, si integri fructus refundendi essent. Antequam autem fideicommissum † petatur, nihil in eo iuris 235 habet fideicommissarius: sicut nec actionem realem vllam ante restitutionem Quod intelligendum cum effectu, & rite a *Dec. cons. 438. Burs. consi. 198. numer. primo.*

Concludo igitur, nec fructus hosce restituendos, sed sibi imputet, qui caussam moræ præbuit.

Ex his facile est punctus expensarum definire: cum præsertim vtriusque caussas litigandi non defuisse constat. Ideoque compensandas Sententia, & pronunciandum.

Sententia.

Ist erkandt / daß gedachte Beklagtin jme Klägern zwey drittheil der Verlassenschafft weyland Caspar von Holtzheim jhres Ehemans / jedoch gegen erstattung vnd erlegung dessen / so jhr durch denselben / in jhrer Heuraths verschreibung dagegen verschafft / vnd verordenet / zu restituirn, einzuraumen / vnd abzutretten schuldig / vnd zu solchem zu condemnirn vnd zuuerdammen. Aber von dem vbrigen zu absoluiren seye. Compensatis expensis.

Additio vel declaratio D. Referentis ad suum votum.

VAriantibus dominorum votis Referens declarauit suum votum, se sentire cum auctore. Voti VI. Quo ad caussam principalem, prout in additione sui voti mentionem fecit, vt scilicet

sustineantur illa puncta in vim fideicommissi, vel vltimæ voluntatis, vt tamen, Reo legitima & Trebellian. relinquatur.

Quoad legitimam.

PVto illam communē esse, fideicommissum † relictum ad heredes filii, scilicet a matre potius, quam a filio relictum videri, si in dubio essemus, *Graff. com. opin. in verb. fideicommiss.* Nos vero cum simus in quæstione clara, non putat attendendā hanc communem opin. cum illa saltem locum habeat in casu dubio. Quæstionis iam est, an † legitima, quæ matri per pactum adimi non possit, iam interpretatiue ex fideicommisso censeatur ademta? Quod legitima non possit adimi ex fideicommisso, putat verius. Faciunt verba clara dispositionis. *D. pactum transformetur in fideicommissum*, quæ verba testatoris nō possunt immutari, tanquam substantialia. Concludit legitimam ex fideicommisso matri adimi non potuisse.

Quoad Trebellianicam?

TEstatorem posse bene † prohibere Trebell. *Gomes. Tom. 1. c. 5. de subst. fideicommiss. num. 11.* vbi duas adducit rationes. Vasq. *de succ. progr. lib. 3. §. 26. nu. 17.* concludit, quoad Trebell. quod testator potuerit eam prohibere, vel adimere saltem, &c.

Quoad fructus?

VIdentur † restituendi post litis contest. *iuxt. leg. certum, de rei vind.* In nostro vero casu putat locum habere non posse, quia certum est *l. in fideicommissaria, ad Trebell. cum gl. ibid. Godofr.* qui dicit, quod actio † ex testamento negatur secūdum modum bonæ fidei, & non stricti iuris, quia fructus veniunt sic restituendi a die moræ, non a tempore litis contestatæ. *leg. is qui fideicommissum.* Dicitur, post moram, non tantū fructus, sed & omne damnum, quo affectus est, præstare debet, *d. le. 3. is qui.* Moram autem in nostro casu res commisisse dici non potest: siquidem illa iudicium cum actoribus iuste suscepit. Si quis enim solutioni quidem moram † fecit, iudicium autem suscipere paratus sit, moram non committit. *l. si quis solutione, de vsuris.* An vero iuste vel iniuste † prouocarit, id apud Iud. examinand. erit. *l. mora fieri, d. titu.* Si igitur recte perpendatur casus noster, maxime quoniam is ex consuetudine consistere non possit, certe alias dicere non possimus, quin sit valde dubius & grauis, qui cui ius & peritissime iustam caussam sese opponendi præbere possint.

Ex quo puto, Ream iuste sese opposuisse, & exceptiones suas allegasse, quod possunt facere secundum *leg. sciend. est, de vsur. & fruct.* quam declarat seq. *l.* si modo id ipsum non fraudandi caussa simuletur *le. & qui sine, de R. I.* Et dicitur † exceptio legitima, quæ replicatione non eliditur. Sed certum est actores nostros vigore pactorum plus petiisse, quam illis debebatur. Ideoque Ream legitimam exceptionem opposuisse, ab actoribus minime elisam: Ita vt Ream † nulla mora reperiatur, nec damno ipsa esse possit. *Iux. l. si longis. C. de exsicut. rei iud.* Cum itaque ex indebita petitione Rea omnino incerta fuerit, & iuste ignorauerit, quid illis actoribus deberetur, sequitur vt perinde habenda sit, ac si facta omnio petitio non fuisset: Fructus in † restitutionem nō venire secundum *l. fideicommissariam. Ad Trebell. vbi Bart. volu. 1. numer. 14.* Rationem assignat Castr. *in le. postulante, sed & huiusmodi. nu. 4. ad Trebell.* Et altera videtur esse ratio: quia in restitutionem solum † veniunt ea, quæ sunt hereditatis, in qua fructus non continentur, *dict. leg. fideicommissariam. §. quoties. & sic iuxt. gl. ibi verb. accepto fruatur, &c.* fructus non veniunt, nisi heres fuerit in mora.

Et his non obstat, quod fructus † veniunt in petitione hereditatis, & augent hereditatem, *per leg. item veniunt. §. proximus, de petit. hereditatis.* Ergo fructus quoque veniunt in restitutionem. Quia respon. ibi fructus non percipi ab herede vero, sed ab alio possessore. Sed hic a vero. Ergo desinit esse hereditas. *leg. 1. 3. veteris, de acquir. poss. vbi Br.*

Nec obstare videntur *lex. certum, & c. Raynutius, de testam.* aliaque in contrarium allegata. Puto enim illa tunc procedere, quando aliqua res, expressa iusta ac debita actione ab aliquo petitur, ita vt verisimiliter scire potuit, an deberet aliquid actori, vel non, vt apparet ex c. allegato, vbi hereditas ex fideicommisso expresse est petita: quod in casu nostro non contigit. *Var. Br. in l. non possis videri, de R. I.*

Et quamuis obiici possit, Ream hic in errore iuris versari, qui error possessorem † non excusat, quo minus post litem cō test. fructus perceptos restituere debeat; *vt sentit Br. in leg. sed etsi lege. §. scire, de petit. here. & alii DD.* tamen sunt, qui etiam contrarium sentiant, *Dynus in c. possessor, de regulis iuris in 6. vers. Quæri posset, &c.* Et hanc opinionem primo sequendam.

Quia

Quia vtraque pars in iure errauit, ita vt idẽ sit, ac si petita illa hereditas omnino non fuisset, ita vt locum habere possit, quod dictum de negligentia non petentis.

VOT. VII.

Ego secundus votans, correferens scill. Repetendo votum meum, concludo cum iis Dominis, qui pro pactis pronunciandũ esse existimant, atque illa etiam per viam fideicommissi saluari posse statuo. Quia a. ex nostra allegata dispositione constat, fideicommissum hoc impersonaliter relictũ, nec expressum videtur a quo. Ideo in illo dub. ç rationis Doct. opin. est, censet relictum † ab herede filii, scilic. matre non ab ipso filio. *Soarez. comm opin. verb. fideicommissum numer. 105.* At quia bona, super quibus dispositio illa facta est, non filii, sed patris disponentis propria fuerũt, cui † liberum fuit, pro arbitrio de iisdem disponere, & illa fideicommisso, vel alio onere grauare, *iuxta l. in re mandata C. mandati.* Sequitur, quod † matri hoc casu aut nulla legitima, nisi saltem in bonis filii aliunde quaesitis, debeatur, aut si debetur, ei tamen onus aliquod imponi, vel ad restitutionem eius grauari mater potuit, *text. est singularis in l. fundum, per fideicommissum, 94. §. fin. cum l. vbi Br. de leg. 1.* Licet enim filius per patrem † in legitima per fideicommiss. grauari non possit, succedentes tamẽ ipsi filio vel veniẽtes ab intestato grauari possunt. *Alexan. in leg. 1. §. fi. nume. 3. de vulg. & pupill. & ibi Br. nume. 4 vbi rationem reddit, & in l. si Titio 95. § sicuti num. 1. & 2. de leg. 1. Soarez. d. loco nu. 109.*

Vnde distinctionem † faciendam existimo inter legitimam, quae debetur iure naturae loco alimentorum, vt est descendentium: & eam, quae debetur iure ciuili, vti est ascendentium, illa minui, aut in totum tolli non potest: haec vero maxime. *Alciat. in tr. praesumt. 18. nume. 2. vbi additio Joan. Nic. Villob. comm. opin. verb. legitima nume. 621.* Cum † alimenta iure naturae ascendentibus non debeantur, *Brun. in tr. de statut. a successi. foem. exclud. artic. 1. princip. 22. 23.* Et haec maxime procedunt, quando subest rationabilis caussa disponendi, prout in nostro casu, vbi caussae dispositionis sunt † conseruatio familiae & agnationis, quae publicam vtilitatem respiciunt, item, ne bona distrahantur vel vna perueniant a fam. sed vnica permanerent in fam. quibus † casibus legitima non detrahitur, dummodo in totum alimenta nõ tollantur, *Ioan. N. col. in addit. ad Alciat. in tr. praesumt. reg. 1. praesumt. 8 nume. 6.* Huc venit, quod ex d. ctis rationibus de comitatibus & aliis † dignitatibus etiam legitima liberorum non detrahatur, ne scilicet tales dignitates distrahantur, vel dismembrentur, prout inquit Guid. Pap. *consil. 144. nume. 3.*

Quare cum nos versemur in fideicommisso, impersonaliter relicto, & in tali casu, quo matri aut nulla debetur legitima, aut si debetur, onus tamen imponi, aut ad restitutionem grauari potuit, *per supra deducta.* Ipsa quoque mater in hanc dispositionem consenserit, vel saltem ratam habuerit, *prout in voto meo deductum*, atque sic ex contractu ad eius obseruantiam obligata erit, quod facere potuit, *iuxta l. penultim. C. de pact. ib. Guid. Pap. d. consi. 140. num. 3.* Nec de mutatione voluntatis disponentis nobis quicquam constet, & alias vniuscuiusque † disponentis voluntas lex sit, dicere habemus, relictũ ab eo fideicõmissum, † a quo secundum mentem disponentis optime valere potuit, vt actus potius sustineatur, quam pereat, *Bart. in l. centurio. num. 371. in fin. de vulg. & pupil.* Non igitur video, cur matri ratione legitimae & Trebellianicae (quod etiam † in totum prohiberi potest) *Port. in l. b. 6. com. concl. 5 verf. Et quia veritas*, plus ad iudicare debeant, quam in pactis est expressum, maxime cum tantũ accipiant, vt alimenta habere possint.

Concludo igitur vt in priori voto meo Reos scil. ad restitutionem omnium bonorum a Caspard von Holtzheim/ Medio. relictorum, retentis tamen iis, quae vigore pactorum Reae nostrae debent, condemnãdos esse.

Quod si Domini maioribus votis conclusermt, nostro casu matri legitimam cõpetere, aliter ei adiudicare non possunt, quam faciendo separationem bonorum, vt scil. de illa tantum parte, quae Casparl von Holtzheim/ medio tempore mortis parentis sui competebat, legitima detrahatur, & non de omnibus bonis, quorũ duae partes duabus sororibus, actricibus matris ab intestato ex hereditate paterna competebãt. Alias namque pacta illa nullius viderentur esse effectus, & res redigeretur in eum statum, quo fuit, antequam dicta dispositio confecta erat. Actricesque nostrae nihil aliud consequerẽtur, quã quod illis alias ab intestato, si pacta in rerum natura non fuissent, competiisset.

Quoad fructus, repeto prius votum meum, & condemno, Reos ad eorum restitutionem post litem contest. propter malam † fidem, ex qua mora inducitur, *per glossa. in cap. Rainutius verb. contestata, de test.* Expensas compensabo.

Tertius votans, repetit votum suum. Quartus & Sextus votantes, similiter.

KK

Quintus votans. Repetit similiter votũ suum, addens tamen, si eius esset sententiæ, & pacta subsistere posse putaret, vellet accedere votis eorũ dominorũ, qui in totum pacta saluare volunt, propter expressam mentem & voluntatem disponentis, nec matri hoc casu legitimam, vel Trebellianicam relinquere, sed eam contentam esse debere iis bonis, in pacto sibi reseruatis. Quoad fructus concludit cum sexto votante. Allegat pro cõfirmatione suæ op. Guid. Pap. *decis. 496.*

SENTENTIA.

JN Sachen Adolff Grünholtz/ vñ Balthasar vom Stahl/ jetzo ermeldten vom Stahl allein betreffendt/ Klägern/ Eins/ wider Weyland Theines von Holtzheim hinderlassene Wittib/ Stephanam von Weissenkirchen/ Beclagte anders theils/ Ist allem vorbringen nach zu Recht erkant/ das gedachte Beclagtin/ Weyland Caspars von Holtzheim jhres Ehemannes Verlassenschafft/ so viel deren zu jhren Händen kommen/ ausserhalb/ waß jhr Vermög der zwischen jhnen auffgerichter/ vnnd in lite angezogener Hewrahtsberedung gebühret/ sambt denen/ von zeit an beschehener Kriegsbefestigung auffgehabenen Nutzungen/ obgemeldten Klägern volgen zulassen/ würcklich einzuraumen vnnd zuzustellen/ schuldig seye/ Als wir sie zu solchem hiemit condemnirn vnnd verdammen/ Compensatis expensis, &c.

Ferners/ In caussa interuentionis Catherinę von Holtzheim verordnete Curatorn ad litem in actis benant/ Klägern Eins/ wider Balthaser vom Stahl/ vnnd Weyland Theines von Holtzheim hinderlassene Wittib/ Stephans von Weissenkirchen/ Beclagte anderstheils. Ist allem Vorbringen nach zu Recht erkand/ das gedachte Beclagte von angestelter Klage zu absoluieren/ vnnd erledigen seyn/ Als wir sie hiemit absoluieren vnnd erledigen/ Compensatis expensis publ. 16. Septemb. anno 98.

Postea 31. Ianuarii anno 98. sequẽs sententia in pũcto executionis in eadem caussa lata.

JN Sachen Adolff Grünholtz, &c. Ist D. Pierio seyn/ des 29. diß der declaration pœnæ halben beschehen Begeren noch zur Zeit abgeschlagen/ sondern erkandt/ das D. Perlenbach deren berürts Tags Vorbrachten exceptionen vnuerhindert/ nachmaluñ in zeit der Pön/ den außgangenẽ bey verkündten vnd reproducirten Keyserlichen executorialn einuerleibt/ so jhme pro termino & prorogatione, von Amptswegẽ darzu eingesetzt/ gleublig anzeigen zuthun/ das den allẽs jhres Innhalts gehorsamlich gelebt seye/ sub euentuali declaratione, Vnd ist gegen D. Perlenbach/ von wegen gedachter exceptionen, einuerleibter vngegründer vnd vnbescheidener Anzeige/ die Straff eines

Marck

Marck Silbers hiemit vorbehalten, &c.

Perlenbach ideo punitus, propter dictarum exceptionum intitulaturam, quæ erat notorie nulla, &c. Et quod in iisdem sententiam Cameræ tanquam manifeste nullam impugnabat: cum tamen exceptio nullitatis contra sententiam Cameræ in eodem iudicio proponi non possit, sed per viam revisionis hoc faciendum. So hater auch erst causam principalem in puncto executionis disputieren wöllen, und also non ordinem iudicum, wie sein Jurament mit sich bringt, nicht in acht genommen.

DECISIONVM, RELATIONVM, VOTORVM ET DVBIORVM

Cameræ Imperialis.

SYNTAGMATIS III.

DEC. III. VOTVM. IV.

Andreas Blum appellans.

Contra.

Vollhard Seckbach appellatum.

De appellationibus.

SVMMARIA.

1 *Appellatio quod tolli possit a Principe vel lege, notissimi iuris est.*
2 *Cumulatio summarum fieri potest quando contenditur de conservanda iurisdictione. Item quando plures summæ eadem actione debentur, & sic ex eadem caussa in pluribus parvis summis quis condemnatus fuerit: secus si ex diversis actionibus, num. 3. 4. & 7.*
5 *Favorabile videtur caussā deferri ad Principem: Odiosum contra excludere illū, qui limitatam habet iurisdictionem vel privilegium ad certam summam de nō appellando.*
6 *Appellatio redditur deserta, nisi constitutionis municipalium observetur, licet fuerit appellatum ad Principē vel Papam.*
8 *Iudex sine consensu utriusque partis omisso puncto appellationis in caussa principali procedere non potest, & præsertim appellato invito.*
9 *Pronuntiando male iudicatum, bene appellatum, devolvitur omnis iurisdictio ad iudicem appellationis, nec caussa est remittenda, ita ut super caussa principali pronuntiare possit.*
10 *Sententia præcipitanter lata nulla est.*
11 *Mos & consuetudo toleratur in iudiciis, modo substantialia observentur.*
12 *In mercatorum caussis omissis solemnitatibus procedi solet de æquo & bono.*
13 *Iudex potest virtute solius confessionis, licet reliquus processus esset ex toto null⁹, ferre sententiam.*
14 *Nullitatibus talibus commissis, quæ nullo modo salvari possunt, si tamen incidenter tantum, & non principaliter proponuntur & deducuntur, ratio earum nō debet haberi.*
15 *Appellans a sententia nulla, non obtinet in caussa appellationis, nisi iustificet ipsam appellationem, probādo legitime interpositam quoad omnia solemnia appellationis.*
16 *Appellans si dicit, sententia est nulla & si qua est, appello, videtur incidenter proponere nullitatē. Sic & quando petit iterum pronuntiari in caussa appellationis, num. 17.*
18 *Appellationi nisi iudex detulerit, remissione non est opus, licet inhibitum sit.*
19 *Inhibitio tendit tantum appellatione pendente.*
20 *Appellatio si pronuntiatur illegitima,*

iudex a quo recuperat suam iurisdictionem, & procedere potest.

21 Ex stylo Cameræ receptum est, vt semper inhibitione emanata remissio fieri soleat.

22 Appellatio ad certum modum restricta in casu permisso, siquidem vel in minimo requisito priuilegii sit defect⁹, deseritur.

IN NOMINE Domini, Amen.

Appellatus petit appellationem non deuolutam pronunciari, item condemnari in pœnas friuole appellantis, & priuilegii: tertio ratione iniuriarum, ex officio appellantem plectendum. Appellans contra appellationem recipi, litem contestari, grauaminibus responderi, denique petit commissarios deputari ad reiterandum calculum, item sententiam esse nullã.

Contra deuolutionem opponitur, summam priuilegio Candelburg non esse cõformem: sortem n. petitam non attingere 600. gelihen/ iuxta priuilegium Cãdelburgense. De priuilegio disputare superuacuũ 1 puto. Nam quod † appellatio possit tolli a principe vel lege, notissimi est iuris, & tractatur per Couar. *pract. q. c. 23. nu. 6.* Nostra difficultas cõsistit in eo, an summæ con & reconuentionis coniungi possint? Et communis Doct. sentẽtia esse videtur, quod vbi 2 † contenditur de conseruanda iurisdictione, & sic in fauorab lib summarum cumulationẽ fieri posse. *Doct. in l. si idem, vbi Dec. nu. 2. Br. nu. 1. Ias. nu. 3. Zas. nu. 11. de iurisdict. om. iud.* Suadet a hic æquitas cumulationẽ fieri, ne fauorabilis & ordinaria iurisdictio Cameræ impedimentum recipiat, *Bl. in d. l. si idem. in pr. vers. in gl. quæ incipit fundant se Doct. in l. si quis separatim §. 1. de appel.* Sed hæc omnia intelligenda sunt respectu iurisdictio: is, quando † plures summæ eadẽ 3 actione debentur, & sic ex eadem caussa in pluribus paruis summulis quis cõdemnat⁹ fuerit: quia tunc cumulatio fieri potest, secus si 4 ex † diuersis actionib. *Dec. in d. l. si idem nu. 4. & 8.* Responderi ẽt potest, quod licet vi- 5 deatur † fauorabile, q̃ caussa ad Principem deferatur, tamẽ & odiosum videtur excludere illum, qui limitatam habet iurisdictionem vel priuilegium, ad certã summam de non appellando, *Dec. in d. l. si idem in pr. nu. 16.* Sic ẽt in diuersis summis non fit cumulatio. In nostro casu non sunt cumulatæ plures actiones in vno & eodem libello, nec ex eadem caussa descendunt, imo sunt diuersissima & separata. Appel. n. ex cõtractu mutui petiit 1000 Marck/ appellans ex cõtractu societatis 746. Marck/ quæ actiones sunt diuisibiles, sicut & caussa ipsa, maxime cum mutuum illud diu ante contractã societatem sit factum, ac in cõtractu societatis nulla eius fiat mentio. Vnde cumulatio harum actionum ad excludẽdum Candelburgẽse priuilegium fieri non poterit. Nec obstat *d. l. si quis separatim.* quia ibi plures summæ, vna actione cõprehendebantur, & ideo cumulate inspiciebãtur, & non separatim. *Br. in d. l. si quis separatim. §. 1.* Præterea an debeantur 746. Marck/ nunquam venit in notionem iudicis, vnde desuper nihil iudicatum, nec vllum appellanti desuper grauamen illatum. Lis fuit, vter prius esset audiendus, & an Blũ 1000. Marcas soluere deberẽt. Nec auget summã, quod appellans prætendit summã der 1000. Marck/ coniunctam cum interesse, excessuram summam priuilegii: quia illud forte locum sibi vindicare posset, si summa pendente lite in primo iudicio fuisset aucta, & excederet iurisdictionem, *per l. ampliorẽ C. de app. Br. in d. l. si idẽ in pr. nu. 8.* Adde, q̃ hoc debitum videatur esse non tantũ liquidum, sed & confessatum. Quo in casu appellationi iuxta priuilegium Cãdelburgense nõ est locus, qualiscunq; sit summa, ibi, In Sachen bekendliche Schulden. Deinde non satis constat ex actis, q̃ priuilegio (dato, summã illi conformem) plenarie satisfactum. Requirit. n. vt appellãs intra decendium præstet iuramentum q̃ credat se iustam fouere caussam, & neq; friuole appellare, & aduersario idonee cauere. Quorum neutrum ab appellante præstitum vi- 6 deo. Sed nisi † constitutiones municipaliũ obseruentur, appellatio redditur deserta, licet fuerit appellatum ad principem vel Papam. *Roman. consil. 2 per tot.*

7 Quod summæ † ex diuersis actionib. in vno eodemq; libello petitæ & adiudicatæ, non fuerint ad fundandam iurisdictionem Cameræ accumulatæ extat præiudicium in caussa Mariæ von Liebenstein, contra Theodorich Frisen & consorten. Decisum 15. Iun. anno 58. Et licet Domini manifestissimam iniquitatẽ in actis deprehenderint, tamen caussa est remissa cũ expẽsis. Quanto magis hic, vbi de iustitia constat. Friuola est replicatio appellantis, quæ vult, priuilegium tum demũ locum habere, quãdo iuste fuerit pronũtiatum: non autem si inique. Si enim hoc admitteretur, priuilegiũ esset plane illusorium.

8 Quoad nullitates, verum quidem, quod iudex † sine consensu vtriusq; partis omisso puncto appellationis, in caussa principali procedere non possit, & præsertim inuito ap-

to ap-

to appellato, *c. cordi. & ibi Anchar. nu 6. in fi. de appell. in 6.* Sed videtur defendi posse ex eo, quod caussa principalis corā iudice appellationis, aliquo modo fuerit disputata & discussa, contra non protestante aduersario, & sic tacite prorogata, tacite silentem, per not. *in l. si per errorem. de iurisd. om. iud.* Et quod magis est, pronuntiādo † male iudicatum, bene appellatum, deuoluitur omnis iurisdictio ad iudicem appellationis, nec caussa est remittenda, ita vt super caussa principali pronuntiare possit, *ca. vt debitus & ibi glo. verb alioqui & Philip. Fra. nu. 46. & 49. de appel. in 6.* Et sic pronuntiandum primo, bene appellatum, quod & Candelburgenses secuti sunt.

Quod autem allegatur, sententiam † præcipitanter latam & sic nullam, *l. prolatā C. de sent. & interloc om. iudic.* primo mos † & consuetudo toleratur in iudiciis, modo substantialia obseruentur. *Rota dec. 4 in fin. in Nouis de appell. Vant. de nullit. sent. ex defectu citationis nu. 126.* Attestantur Candelburgenses, in debitis summarie procedi Cādelburgę, & in summariis tot solemnitatibus opus non esse, cum & alias † in caussis mercatorum omissis solemnitatib. procedi soleat, de ęquo & bono. *Paris. cons. 78. nu. 22. vol. 3. Port. cons. 47. nu. 29.*

Præterea hoc nostrum mutuum est in confesso, & probatur per chirographum recognitum. Et potuit iudex † virtute solius confessionis, licet reliquus processus esset ex toto nullus, vel propter modum agēdi, vel ratione mandati inepti, ferre sententiam. *Franc. in c. dilecto. de appel. nu. 5.*

Tertio non obstat, quod concordia non fuerit tentata coram arbitris, iuxta statutū Candelburg, quia illud videtur militare quando caussæ sunt intricatæ.

Et dato, nullitates † tales cōmissas, quæ saluari nullo modo possent, tamen quia incidenter tantum, & non principaliter propositæ & deductæ, earum ratio non datur heredi. Nam † appellans a sententia nulla, non obtinet in caussa appellationis, nisi iustificet ipsam appellationem, probando legitime interpositā, quoad omnia solemnia appellationis, *pulcre Philip. Franc. in d. c. dilecto, n. 4.* Ratio, quia viam quam elegi sequi debeo. Quod a. incidenter tantum hic veniant nullitates, ex ipso instrumēto appellationis, citatione & processu apparet. Si n. appellans † dicit, sententia est nulla, & si q̄ est, appello, videtur incidenter proposita nullitas, sic † & quando petit iterū pronuntiari in caussa appellationis. *Fran. in d. c. dilecto nu. 63. vers. 26. & nu. 65.*

Quid pronuntiandum.

Appellationem non deuolutam, caussā remittendam, & appellantem in expensis condemnandum. Verum quidem, quod nisi † detulerit iudex appellationi, remissione non sit opus, licet inhibitum sit, quia inhibitio † tendit tantū appellatione pendente: si nunc illa † illegitima pronuntiatur, iudex a quo recuperat suam iurisdictionem, & procedere potest. *Franc. in d. c. vt debitus. de appell.* Sed quia hic dubium, an appellationi iudex detulerit, notarius autē delatum asserit, iudex negat, ac tam ipse iudex, quam appellatus eam remitti petat, & fere ex † stylo Cameræ receptum sit, vt semper inhibitione emanata, remissio fieri soleat, ego quoq; iunctis his omnibus id sequendum puto. Reliquas submissiones, condemnationem sc. in pœnas priuilegii, quia ordinarium processum desiderant, & probationem doli, tacite prætereo.

Ad differendam solutionem & litem, appellatum videmus, sed quia solutio hæc fortis cum interesse appellanti satis grauis futura sit, maxime cum & de paupertate sua aliquid alleget. ex æquitate Canonica condonādum putat.

D. Knorr.

Cum refer. quia fit cumulatio summarum ex diuersis actionibus a diuersis personis, & in contrarium finem, quo casu sumus omnino extra terminum allegatarum legum. Alia ratio quia appellatio nostra non continet recōuentionis casum, in quo nec pronuntiatum nec pronuntiari potuit, quia non liquebat. *Mynsing. cent. 1. obseruat. 10.*

Si appellatio † ad certum modum restricta sit in casu permisso, si quidem vel in minimo requisito priuilegii sit defectus, appellatio deseritur. *Tiraquell. de retract. conuent. gl. 6 §. 4. num. 15.* Pronuntiat igitur caussam non deuolutam. Quoad pœnam, putat arbitrio dominorum eam constituēdam. Nec mouetur, quod Abschiedt satis magnam pœnam statuat, quia non cēsetur arbitrium & moderatio iudicis ex caussis & circumstantiis sublata, quia alioqui aliquando non, aliquādo nimium puniendus veniret.

D. Lichtenberger.

Cum D. referente. Repetendo votum in caussa Libbes contra Molden. In pœnas non vult condemnare, quia appellatio nō vsque adeo friuola videtur.

D. Eobaldus.

Non esse deuolutam. Cum D. refer. pœnam putat omittendam.

& huc impertinentes, reiici petit. Deinde Leidhecken ad deductionem calculi petit commissarios zuuerordnen, quod etiam Weidenbusch petit.

Putarem quoad domum, executoriali mandato sufficienter paritum, maxime cum noua in duplum sit antiqua destructa melior.

Quoad damna & interesse immissam esse in Neuland pro modo debiti. Sciendum autem quod Weidenbusch tantum agit contra personam Bertrami von Leidhecken, ex qua actione, non possessionem, sed tantum detentationem acquirit, *Mirant. 6. parte iud. de contu. 2. memb. nu. 12.* Quapropter Weidenbusch saltem † ex primo decreto fuit ad debiti modum iuramento firmati immissus, & sic Custos solum factus est rei cuius solum possessionem consequitur. Nam † fructus ad debitum compensare cogitur & in sortem conferre, *per glo. Dyn. & Bart. in l. si finita §. Iulianus ff. de damn. l. in possessionem, & l. cum proponas C. de bon. auctor. iud. poss. d. & in cap. quoniam frequenter, vt lite nō contestata.* Sin autē Leidhecken contumax fuisset, tunc demum contra illum potuisset procedi ad immissionem ex secundo decreto, & illud † parat plenum praeiudicium, & verus † possessor declaratur, & plenum totum Dominium acquirit, *l. Fu… §. 1. & § quid si ff ex quib. causis. in possess. eatur. Pan. & gl. in ca. quoniam § in alio, vt lit. non contest.* Quia autem Weidenbusch tantum † ex primo, non autē ex secundo decreto in bona dicti Leidhecken immissus est, et illorum verus Dominus non, sed custos tantum pro mensura debiti factus est, *d. l. Falcinius & ibi gl.* nec lucratur fructus, nec et † ex iis debet ali, sed tantum tenet pignus rei seruandae caussa, *l. ei qui ff. de priuileg. credit.* Et quia Dominus a iudice ex secundo decreto non est constitutus, merito igitur possessionem (maxime cum duplum pretii fere Weidenbusch acceperit) dicto Bertramo restituere tenetur.

Tertio mandato executoriali Leidhecken paruisse ex eo ostenditur, quod omnia sua bona in Callern sita, loco damnorum hypothecauerit. Quarto quod de expensis taxatis omnino se satisfacturū obtulit Leidhecken. Quinto facit, quod Leidhecken aurum & argentum deposuerit, ex quo apparet ipsum omnino satisfacere voluisse, vt in der Anzeige.

Ex quibus infertur, Leidhecken mandato executoriali sufficientissime & vltra modum paruisse.

Verum cum Weidenbusch, anno 63. 64. 65. & 66, canonem a colonis D. Leidhecken accepisset, deinde in bonis ipsius vltra mensuram & modum sui debiti immissus esset, & iam plus quam ei debebatur accepisset, tunc elector CC. anno 66. fecit fructus ex illis bonis, in quae Weidenbusch erat immissus, tamdiu sequestrari, donec Weidenbusch ad calculi computationem compelleretur, oblationem Leidhacken coram Schultheissen factam, magni momenti esse. *Barto. in leg. qui Romae, in princip. ff. de verb. oblig.* oblationem † solam sufficere, praecipue quando offerens habet pecuniam ad manus. *Bart. in l. si periculum, in fine de statu liberis, & l. fundum de rescind vend.* & maxime si pars recuset accipere. Sed si † debitum non est liquidum, sufficit oblatio verbalis *Bald. in l. 1. colum. 2. C. ne liceat in vna, &c.* & talis oblatio † verbalis impedit distractionem pignorum, *l. prius ff. de distractr. pign. Doctores in l. si mora, solut. matr.* & mouet rescissionem venditionis factae. *Bart. in l. fundum. De rescin. vendit.* Apparet Weidenbusch mandatum sub & obreptitie impetrasse.

Non obstat statutum, nec proclama tribus vicibus per Gerichtsdiener in Ecclesia absente Leidhecken factum.

Nam licet statutum tale in Wissenheim exstaret, tamen statuta † non sunt aliter firma, quam si a superiore confirmentur, nec † sufficit statutum esse factum, vel conditum, nisi etiam acceptatum & vsu obseruatum fuerit, *Mynsing. respon. 10 num. 78.* Et omnia † quae desiderantur ad eiusmodi statuti validitatem, sunt probanda ab iis qui se volunt in iis fundare. Deinde tale statutum non patrocinatur Weidenbusch / cum hic nō versemur in terminis aeris alieni, in quib. terminis ipso Weidenbusch affirmante, statutum loquitur sed executionis, in qua Leidhecken taxatis expensis, se satisfacturū promisit prouocando saepius ad calculi computationem. Accedit, quod Weidenbusch ꝓpria auctoritate proclama & nō p auctoritatē magistrat⁹ fieri curauit, ergo Leidhecken nullo modo obesse potest.

Quoad articulos probatorios Weidenbuschen licet ad ꝓbandum admitterentur, tamē non releuarēt, ideo non admittēdos, sed tanquā impertinentes reiiciēdos esse.

Pronunciandum puto paritionē in vtroq; mandato plus quā sufficientē, & mandatū de relaxanda sequestratione, tanquam sub & obreptitie impetratū, cassandū, articulos ꝓbatorios, tanquā impertinentes, reiiciendos, & Weidenbusch in expēsas Leidhecken condēnandum. Et quia in hac caussa minus iuste defatigauit, iudicē poenā corporalem electori Weidenbuschen infligendam reseruarem. Quod si Domini mitiorē viā sequi voluerint (q magis mihi ꝓbatur) & ā ad calculi deductionē & liqdationē cōmissarios

deputare, illisque vt Iudicem desuper informent, iniungere, subscribo.

D. Knarr.

Nos non esse in terminis immissionis ex primo decreto, sed ex caussa rei iudicatę. *l. 1. 2. & 3. C. si in caussa iudicati pign.* quæ, 13 mero iudicis officio expeditur statutum † non valeret, vt fructus lucrentur ex primo decreto, *Wormbs. obser. 6. tit. 7. de contuma.* 14 Statutum enim quod † ex sola contumacia Domino vltra quam debitum sit, aliquem priuaret, iniuria potius dici posset, quam iuris appellatione veniret, *c. erit autem lex. 4. distinct.* Cócludit vt per me. Quo ad expensas, putat propter diu procrastinatum processum pro nunc condemnari posse, pœnam supersedendam pro nunc.

D. Tiffenthal.

Articulos non releuantes, nec admittẽdos, sufficienter paritum per Leidhecken/ noch zur zeit/ deputando Gridellanos in commissarios. Expensas reseruat tacite.

D. Lichtenberger.

Lests noch zur Zeit bey gethaner parition bleiben admittendo calculi subductionem, cum vtraque pars se ad eam referat. Gridellanos deputat in commissarios præfigendum terminum trium mensium, cũ potestate adiungendi. Notarium, expẽsas putat tacite reseruandas vsque ad finem litis. Articulos non admittit.

D. Heilman.

Mandatorum nullam faciẽdam omnino esse mentionẽ. Nam eo ipso tacite videremur innuere, mãdata legitime extracta. Articulos non admittit, cum versemur in 15 terminis executionis, & non in puncto primi aut secundi decreti, quam † missionem ẽt de iure putat nullam esse, cũ caussæ cognitione non p̃uia sit facta, mensura enim debiti nondũ fuit declarata. *per auth. ei qui iurat. C. de bon. auct. iud. poss. & Leidhecken,* eo ipso spoliatus dici posset, *Ange. in § quadrupli, num. 16. de actio.* Quo ad cõmissarios, deputat Gridellanos. Quo ad expensas, reseruat tacite.

SENTENTIA.

In der Execution Sachen Gotthardten Weidenbuschen wider Weyland Bertram von Leidhecken/ jetzo dessen Sohns Wilhelm nachgelassener Wittib / lest man es in punctis mãdatorum bey gethaner parition noch zur zeit bleiben / vnd seind die articuli probatorii de 25. Januarii/ anno 72. einkommen / als zu dieser Sachen vnerheblich/ nicht zugelassen / Dann zu Liquidirung begerter Rechnung seind Burgermeister vñ Rath zu Grüdell / zu commissarien vnd æstimatorn hiemit verordnet/ der gestalt/ daß sie selbst/ oder durch etliche auß jhrem Mittel/ geschickte/ erfarne vnd Vnpartheyische/ die aller Güter/ darin Weidenbusch immittirt, ertragener Frucht vnnd Nützung gebürliche Rechnung auffnemen / auch derselben jedes Jars werth / so er die Jahr seiner Innhabung / darvon auffgehaben oder auffheben mögen/ fleissig vnnd trewlich / wie solche Frucht auff Feylen Marckt verkaufft worgen / æstimirn / auch darvber/ wo von nöten/ alles ordentlich beschrieben / Zeugen zuuerhören / darauff commissio in gewöhnlicher Form vnnd Zeit dreyer Monat / dem Gegentheil einem Vnpartheyischen Notarium der Verhör zu adiungirn/ vorbehalten / erkent/ zugelassen vnd angesetzt.

Publicata 15. Octob. anno 74.

DEC. III. VOTUM. III.

In caussa, Hanß Herman Lantzen. *Contra* Statt Vdenhaussen.

De Gabellis & vectigalibus.

SUMMARIA.

1 *Connexitates dici non possunt, cum ex diversitate factorum, rerũ & personarum recipiunt diversitatem.*

2 *Coniuncta dicuntur, quæ ex continẽtia factorum separationem non recipiunt.*

3 *Diversitas temporis facit diversitatem factorum.*

4 *Sententias contrarias ferre inter diversas personas novum non est.*

5 *Ex diversitate personarum arguitur diversitas actorum.*

6 *Connexa non dicuntur capitula ob id solũ, quod sub uno generali iure comprehenduntur, sed quando ratio unius ab altero discerni non potest.*

7 *Clausula, Ex certa scientia, excludit omnẽ subreptionem.*

IN NOMINE Domini. Amen.

Hassane. In consuetud. Burg *Rub. 1. Des iustices & droicts ducalles* §. 4. *verb. indir imposir*, de gabellis vectigalibus, subm ssum ratione litis contestationis, *Vant: quib. mod. sent. nullitas reparari poss. t. nu. 68. & idẽ nu. 69.* Cap. *dec. 112* per totum, in quibus continentiæ caussas tractat. Cõnexitates † dici non possunt, cum ex diversitate factorum, rerũ, & personarum recipiunt diversitatẽ. *Paris. li. 1. cons. 66. nu. 13. 14. 15. & per totum.* Coniuncta † dicuntur, quæ ex continentia factorũ separationem non recipiunt. *Beer decis. 75. nu. 3. & 4.* Diversitas † temporis facit diversitatem factorum. *Guid. Pap. sing. 927. Cran. cons. 9. n. 17. li. 1.* Nec † novum est, cõtrarias ferre sententias inter diversas personas, *Cravet. consi. 232. nu. 3.* Nec refert, quod caussæ istorum nasci videantur ex eodem delicto, *per l. pater ff. de iniur.* vbi pater põt agere ex persona sua & filii, pro iniuria filio illata, quoniam ex † diversitate personarũ arguitur diversitas actorum, *Cran. ibid.* & capitula † non dicuntur connexa, ob id solum quod sub uno generali iure cõprehẽduntur, sed quando ratio unius ab altero discerni non põt, *Cran. eõd. d. nu. 5.* Mar. Soc. Iun. *li. 1. cons. 136* putat *l. nulli*, obtinere circa unitatem caussę, licet videã habere originem ex eod. fonte. *Natta li. 1. cons. 135 quasi per totũ, &c.* Nec ẽt litis pendentiam obstaculo esse. Clausula † *ex certa scientia* excludit omnẽ surreptionem, *Mynsing. respon. 19. 2. Decade.*

Concludo iuxta reorum petitionem, hanc caussam ad gefreyte Richter in prima instantia, si parte, nolint desistere remittẽdã, expensis cõpensatis. Similiter, in caussa den Zoll belangend / iudicandum censeo, quæ meo iudicio penitus est separata, etiã iuxta cõmunem usum loquendi Germanice, Zoll ab Vngeldt / cõpensatis hic quoq; expẽsis. Si tamen Dn. in hac postrema caussa, den Zoll belangendt / volunt actorẽ condemnare in expẽsis, nõ usq; adeo refragabor. Quoad pducta, quæ actor petit reiici, tanquã zu spat einkõmen, putat circa hoc punctũ nihil pnuntiandum fore, si quidẽ caussa remittenda sit ad gefreyte Richter.

D. Volbardus.

Ego cum Dn. Refer. *D. Knorr.*

Quo ad Zoll concludit per omnia cum Dn. Referente. Quoad Vngelt / in effectu etiam con[cl]udit cum eod. tamen dubia quædam habet.

DEC. III. VOTUM. IV.

In caussa Immenberg. *Contra.* Illustrem quendam,

Rerum spoliatarum, qualis inquiratur specificatio & æstimatio.

SUMMARIA.

1 *Res erepta sigillatim designanda & specificanda sunt, ut fiat sententia.*

2 *Iuramentum rei per vim erepta æstimatorium non datur contra heredem vim committentis, nisi cum ipso testatore lis contestata fuerit.*

3 *Specificationẽ rerum per vim ereptarũ an fieri oporteat ut sententia fiat.*

4 *Familiares scire præsumuntur vires atque*

emolumenta Domini sui.

5 *Argumenta probabilia sufficiunt in probationibus probabilibus & difficilibus.*

6 *Actori dubitanti de colore, valore vel pondere succurritur, si iuret se nescire colorem vel pondus.*

7 *Amissio instrumenti per iuramentum probatur.*

8 *Iuramento Principis facile statur.*

9 *Persona digna absque iuramento credi debet.*

10 *Violentia probata probatur æstimatio rerum ablatarum iuramento.*

11 *Iuramento damnum passi aduersus heredem spoliatoris vel alium tertium an & quando statur.*

12 *Iuramentum ad probandum valorem rerum ereptarum non datur contra heredem violenti spoliatoris.*

Contrarium num. 13.

14 *Iuramentum suppletiuum quando deferatur.*

15 *Probandi facultate facto doli si aduersarii actori ablata tunc super hoc creditur actoris iuramento.*

16 *Probatio fit solo iuramento.*

17 *Sufficit vt quis faciat id quod facere potest.*

18 *Probationes imperfectæ admittuntur de iure in rebus quæ sunt difficilis probationis, vel de sua natura aut longinquitate temporis.*

19 *Interesse an currat in rebus mobilibus.*

IN NOMINE Domini, Amen.

Quia certa non potest fieri sententia, nisi res per vim ereptæ † 1 sigillatim designentur, & specificentur, *vt late per Beller. in cap. fin. quæstion. 7. numer. 19. extra quod met. cauſ.* Quia etiam in nostro casu rerum per vim ereptarum æstimatio iuramento affirmanda, *leg. si quando. C. vnde vi.* probari † 2 non potuit, cum illud iuramentum, contra heredem vim committẽtis non detur, nisi cum ipso testatore lis cõtestata fuisset, *Doctores in d. lectis.* Ideo Domini assessores in pronuntiatione huius causæ, quæ facta 16. Octobr. Anno 29. imposuerunt Domino actori specificationem rerum tempore Treugæ ablatarum, & probationẽ æstimationis earundem.

Videndum ergo an actor huic interlocutoriæ satisfecerit, & sic duo consideranda.

I. An sufficienter bona ablata specificarit.

II. An legitime æstimationem earũdem probauerit.

Quoad specificationem reperio, quod sequentia in specie designentur, primum 6. plaustra, quæ pertinuerunt ad actorem. 2. Quod singula plaustra 4. equos habuerint, & sic erepti sint, 24. equi. 3. Designat aliquas cistas in genere, non autem certũ numerum exprimit, quæ allegat sibi erepta. 16 Silbern Röhren auff die Hauben/ sunt receptacula argentea, quæ galeis equitum imponi solent, quælibet valere 10 gülden/ 4. vestes, arma & supellectilis ad expeditionem militarem pertinentia, quæ æstimat. 1500. gülden.

Nunc † porro inquirendum, an hæc 3 specificatio sit sufficiens? Videtur, quod non, quia, vt docet Boller. *dict. loco*, vim seu damnum passos necessarium est in causæ cognitione taxatione præcedente præscribere iudici singulas res, quas dicunt amissas, ac singulas etiam æstimationes earundem: tum quia ex hoc pendet negotii qualitas, ex qua Iudex in taxatione habet arbitrari, tum quia hic videtur cessare ratio difficultatis probandi. Licet enim res & æstimationes huiusmodi singulares vix possibile sit describere, tamen verisimile est, quod spoliatus singulariter possit, cum inanibus non insinatur immorari obiectis, vt vires sibimet rerum suarum caussetur incognitas, quia familiaris † rei scire vires, vel n[illegible] at- 4 que emolumenta debuerant, *L. quisq. in fi. C. de resc. Vend.*

Fateor quidem prædicta regulariter vera esse, & per Dominum actorem in aliquot positionibus siue articulis esse obseruata, puta in equis, & in den Silbern Röhren / dum res ipsas & earundem æstimationem expressit, in reliquis autem positionibus id non fecit. Conuenitune quidam, quod damnum passus arctetur ad specificationem rerum per vim ablatarum. Si tamen damnum passus alleget probabilem aliquam caussam, propter quam possit rationabiliter dicere sibi impossibile esse hoc facere. & hanc suam allegationem, ex aliquibus coniecturis probabilibus, vel per proprium iuramentum verisimilem reddat, tunc remittitur ei specificatio, & ipsius iuramento statur, atque ita Boller. concludit, *in dict. cap. fin. nu. 20. vers. sed pone. Verba Beller. sunt hæc.*

Sed pone mercator multis reb. & negotiis implicatur, nec scit, nec scire põt distincte numerũ seu qualitatẽ, aut quantitatem singularum rerum, debetne tunc propter difficultatem probationis cadere a iustitia sua? Certe hoc durum esset, iniquum & valde impium.

Quid

Quid ergo dicendum. Si mercator potest allegare aliquam probabilem caussam, qua rationabiliter dicere potest, sibi impossibile esse, quod æstimationem probet, vel singulas res specificet, & d. suam allegationem ex aliquibus coniecturis probabilib', vel saltem p proprium iuramentum verisimilem reddat, tunc est audiendus, *vt cap. de except. cap. statuimus, cap. circa de elect.* Non tamen ita stricte agerem, etiamsi omnia & omnium qualitatem, quantitatem & æstimationem singularem declarasset: sed cum tota ista materia sit arbitraria taxarem ad aliquam summam, & sic mediam viam eligerem, cum malitia sit punienda, & probationibus subueniendum. Nam alias propter difficultatem &

5 impossibilitatem probationis, etiam vbi † non est commissa violentia, sufficiunt probabilia, *argument. ca. 2. d. cleri. peregr. cum similibus.*

Ad propositum ergo reuertendo, cum in nostro casu Dominus actor nonnullas res specificauerit, in aliis specificandi difficultatem alleget, eamque vel ex hoc verisimilem reddat, quod dicit annotationem rerum cistis impositarum, vna cum cistis periisse, Denn die Verzeychnus sey in ein Truhen eingelegt worden/ & sic facto ac dolo spoliatoris, verlohren. Facit ad prædicta, quod notat Spec. *in titu. de libell. concept. §. iuxta. vers. quid si in præmissis, & Soc. in cap. singularibus. num. 29. vers. 11. extra, de libell. obl. g.* vbi dicitur, quod

6 † si actor dubitet de colore, valore vel pondere, succurritur ei si iuret se nescire colorem vel pondus, *l. in actione, §. 1. de furt. l. 1. §. si quis argentarius, depositi. Janne. in capit. certificat, de sepult.* facit idem, quod eadem

7 ratione instrumenti † amissio per iuramentum probari possit, *vt docet Spec. in titu. de instrum. edit. §. postquam, vers. aliud quoque & Guido. Pap quest. 214. vbi multa.* Ne ergo propter hanc specificandi impossibilitatem, maxime ex facto aduersarii prouenientem, spoliatus perdat totam iustitiam suam, & ex summo iure, summa enascatur iniuria, putarem Domino actori iuramentum deferri posse, an huiusmodi sua allegatio syncera, an possit iureiur. asserere vlteriorem rerum specificationem, vel certificationem sibi impossibilem esse, maxi-

8 me cum actor sit princeps, cuius † iuramento facile standum, quod vel in primis considerandum, *argumento l. non omnes §. a barbaris, de re milit. Rom. in l. demum, de damn. in fi.* Vnde etiam est, quod vetuit in ca-

9 su, *d. l. si quando.* credendum † esse personæ dignæ absque iuramento, puta episcopi & similibus, *vt per Innocent. in cap. nuper de sent. excom. per gloss. 1. in glossa. 11. quest. 1.* Et hæc de specificatione.

Secundo & principaliter videndum, *an rerum ereptarum æstimatio legitime probari possit?* Et primo videtur quod non. Nam Doctores tradunt, quod licet proba-

10 ta violentia † damnum passus æstimationem rerum ablatarum iuramento probare possit, *d. l. si quando, & d. cap. fin. cum similibus.* Attamen si contra heredem Spoliatoris, vel aliquem tertium agatur, hæc iuramenti delatio non habet locum, nec

11 statur † iuramento damnum passi, sed aliæ legitimæ probationes requiruntur, *Doctores in dicta leg. si quando, & ibi Iason. post alios numer. 54. Bal. in dict. l. in alio. de in lit. iur. Can. in d. cap. fin.* Quod ideo fit, quia hæc probatio per iuramentum in odium violenti spoliatoris contra omnes iuris regulas admittitur, quod odium in hereditate ipsius cessat, nisi forte lis contestata fuisset cum spoliatore defuncto, quia tunc contra hereditatem etiam iurari potest, *iuxta not. in leg. 1. C. ex dolo defuncti.* Cum ergo in nostro casu lis non fuerit contestata, contra ipsum spoliatorem, nempe Ducem F F. sed contra ipsius heredes, sequitur hanc priuilegiatam probationem æstimationis per iuramentum non habere locum, & per consequens, quod redeat ad regulas iuris communis, quod plene & legitime sit probanda æstimatio, & valor rerum ereptarum, puta per testes, vel alia legitima probandi adminicula. Sane quid probauerit actor in nostro casu ex ipsius articulis probatoriis constat.

Primo constat in genere probatam esse violentiam & ablationem plaustrorum, & ereptionem seu distributionem rerum iisdem impositarum, maxime per responsiones ad 3. articul. positionalem actoris: Item per lit. not. 38. 39. & 60. & per defens. 16. 18. 19. 21. 22. 26. vbi expresse ponunt, reique bona verbeutet worden.

In specie vero quæ res ablatæ sint, aut quæ sit æstimatio rerum ablatarum, nihil plene probatur, ne semiplene quidem, vt merito videantur absoluendi rei ex communis iuris doctrina, Actore non probante reus absoluitur Et sane parum abfuit quin in hanc partem inclinarem, nisi sequentes in diuersam partem me traherent.

Præmitto ergo, quod tradunt Brun. & Doctores communiter, *in dicta lege si quando*, vbi docent, quod etsi contra †

12 heredem violenti spoliatoris non defeatur iuramentum ad probandum valorem rerum ereptarum, cum in eo cesset

odium, attamen satis sit, si possit imperfectas probationes adferre, quæ alias non admitterentur, puta, per socios, per familiares, item per familiã, Addit Bar. sufficere hoc casu probationes, per coniecturas & præsumtiones, & hoc omne iudicantis arbitrio relinquendum esse. Tales † probationes si adfuerint poterit actori iurandi 13 conditio deferri, *dict. leg. si quando.* Sed & alias quando semiplene probatum est, iure deferri potest, puta ex *l. in bon. fidei. C. de rebus cred. & iureiur. l. admonendi, de iureiur.* Et quamuis † regulariter iuramentum 14 suppletiuum non deferatur cum semiplena probatio vere aut necessario concludat, an sufficiat eam præsumtiue concludere pulcre per *Raym. com. 91. numero decimo*, vbi allegat *glossam. in leg. 3. §. 1. in fin. de minor. & l. non est verisimile, quod met. caus. sa.* Respond. in nostro casu quod sic, quia vbi probata est defuncti spoliatoris violentia etiam contra heredem, cessat prædicta doctrina, possumusque probationem non necessario, sed probabiliter & secundum communiter accidentia concludentem recipere, & deinde iuramentum in supplementum deferre, *ita Brun. in dict. l. in actio, l. si quis ex argentariis de edendo. in l. quoties per illum text. C. de Naut. lib. 11 Spec. de furt. in fi. 15. & titu. de pign. act. in fi.* docet amissionem rerum probari per coniecturas.

Secundo præmitto theoricã, quã Doct. in materia damnorum & interesse tradũt, Quod licet nõ sit pbatum damnũ siue interesse respectu quãtitatis, sed solũ probatum sit, quod intersit, quod damnum illatum sit, non autem quantum intersit, aut quantum damnum sit datum, tum iudex propterea non debet sententiam incertam dicere vel ferre condemnando cum interesse, nec etiam debet absoluere reum conuentum, sed potius ex officio se informare qualitercunque potest, vel aliquibus committere, vel alios testes examinare, aut ex verisimilibus coniecturis, animi sui motum ad certum quid dirigere, ne vlli parti iniuria fiat, secundum quod not. *leg. quod ex quinta. de leg. 2. l. semper. §. in hoc interdicto, Quod vi aut clam. Brun. & Bl. in l. traditio C. de act. emti. Panorm. in cap. caussam. de testib. Socin. in cap. dilecti, in glossa de foro compet.* vbi dicunt, quod iudex facit male absoluendo reum, ex eo quod non sit probata quantitas interesse.

Idem seruatur in fructibus, prouentibus, redditibus & damnis si probentur, licet de certa quantitate non constet nec probari possit: quia ob id iudex reum non debet absoluere, sed aliunde certi quid statuere, vt certam ferre possit sententiam, *vt pulcre per Socin. in dict. cap. sign. numer. 23. circa fin.*

Ad propositum: cum nobis constet ex confessione reorum actoris per deprædationem plaustrorum cistas & bona esse direpta, & distributa in milites, in specie tamen hæc bona non possint designari, vel eorum valor speciatim probari, tum propter ipsos spoliatores, qui annotationem rerum cistis impositarum cum rebus ipsis abstulerant, cum propter longinquitatem temporis & mortem eorum, qui tum præsentes fuerunt, debemus vtique ex illis coniecturis colligere quid & quantum arbitremur verisimiliter valuisse istas ereptas res. Nam generalem æstimationem rerum ablatarum, quas specificare nõ potuit, fecit actor, nempe quod valuerint 1500. gülden / reliquas res in specie deduxit. Taxarem ergo res in specie deductas, puta die Harnisch Kleider / Silber / Zinn vnnd andere Geschirr / so viel verisimiliter ein solcher Herr mit jm inn das Feldt pflegt zunemmen. secundum numerum plaustrorum, siue curruum Dann es muß dannoch auff vier Wägen ein ziemlich Gut geführet werden seyn.

Hoc facto ad huius æstimationem vlteriorem probationem deferrem Domino actori propter difficultatem probationis & longinquitatem temporis iuramentum, *iuxta supra dictã doctrinam Br. & aliorum Doctor. in d. l. bona fides*, & demum in tantum condemnarem reum, in quantum fuisset iuratum, expensas vtrique in litem factas compensando. Sane Domini in prima relatione cupiebant, potius habere specificationem rerum amissarum, quam plenam probationem æstimationis, præsertim quando per factum dolosi aduersarii ablata est actori facultas † probandi re- 15 rum existentium, tunc super hoc creditur eius iuramento, nec per factum ipsius dolosi aduersarii actor sine culpa priuatur sua iustitia, *l. semper §. in hoc interdicto. & ibi Doctores Quod vi aut clam.* Ad prædicta facit, quod & alias † probatio fit solo iura- 16 mento, *l. 2. C. de alim. pupill. præst. l. offi. vbi pupill. educ. deb.* Sufficit † enim quod quis 17 facit id quod facere potest, *l. cum vrens. de testa. l. quemad. C. de Heret.* Sic & alias † in perfe- 18 ctæ probabiles admittuntur de iure in rebus, quæ sunt difficilis probationis, vel de sui natura aut longinquitate temporis, *vt late per Ias. consi 5. numero secundo libr. 1. vbi allegat iura.* Et dicuntur manifestæ probationes, licet ex coniecturis sint, *vt dicit etiam Brun. in leg. si quis ex argent. §. an 2. heredi num. 3. de edendo.*

Quoad

Quoad interesse nihil censeo adiudicandum actori, vt priori etiam voto meo dixi, cum res per vim ablatæ non fuerint fructuosæ, in quibus aliquod lucrum cessans considerari possit. Ceterum † an interesse curratur in rebus mobilibus, vide *l. restituere, & ibi DD. de rei vend.*

Ex prædictis igitur conclude, res vi ereptas taxandas esse, vt sequitur. 1. Quatuor plaustra, quodlibet pro 25. florenis facit 100 florenos. 2. Sedecim equos, quemlibet pro 20. florenis facit 320. florenos. 3. Sedecim silbern Röhrn / quodlibet pro 10. florenis, facit 160. florenos. vtensilia pro 800. florenis. facit tota summa 1380. quam adiudicarem læso Comiti, præcedente tamen iuramento ipsius Comitis.

Definitiue pronuntiatum fuit, vt sequitur 16. Aug. An. &c. 51.

In Sachen Herrn zu Immenberg / Contra Illustrem quendam / Ist allem Fürbringen / vnd nacherstattetem Eyd zu Recht erkandt / daß gedachtem Herrn vnd deroselben Verwandten vnnd Zugehörigen / nicht gebührt habe dem Herrn Kläger die vier Wagen sampt den sechtzehen Pferden / auch seine Haab vnd Güter / so er darauff gehabt / inn wehrendem Stillstandt gehn N. eynzutreiben / zunemmen vnnd zugebrauchen / vnd daß derohalben gemeldter Herr / dem Herrn Kläger darfür 1400. Gülden Rheinisch zuentrichten vnd zubezahlen schuldig. Compensatis expensis.

DECAS III. VOTVM V.

In caussa Frauw Catharinæ Perlensteinin Appellantin Actricis.

Contra.

Manhardt Löwen & Consortes Appellaten Reos.

In puncto nullitatis ex defectu iurisdictionis.

SVMMARIA.

1 *Citatus respondens citanti, se nolle comparere, nec postea comparuit, est contumax.*
2 *Contumaci audientia denegatur, & beneficium appellationis præcluditur.*
4 *Quilibet, qui se grauatum sentit, de nullitate dicere potest.*
3 *Superior recte aditur propter grauamē primi iudicis.*
5 *Officium iudicis nobile imploratur pro cassanda sententia.*
6 *Sola recusatio, sine plenaria probatione, sufficit ad impediendum processum.*
7 *Exceptio recusationis quæ non de nouo superuenit, in prima instantia ante litis contestationem legitime est proponenda.*
8 *Fundamētum suæ intentionis quilibet probare tenetur, etiam super negatiua.*
9 *Citatus iterato personaliter cum respondet, se nolle venire, & fit vere contumax, iudex vlteriori citatione non indigere censet, præsertim caussa iam bene instructa.*
10 *Stylus curiæ sequendus est.*
11 *Nullitas, quæ ex defectu iurisdictionis procedit, nullitas dicitur insanabilis, & nulla lege vel statuto sublata talis nullitas.*
12 *Statutum, tollens nullitatem, quæ ex defectu iurisdictionis procedit, non valet, quia tolleretur defensio.*
13 *Iudicatum dici non potest ab eo, qui ius iudicandi non habet.*
14 *Ius dicenti extra territorium impune non paretur.*
15 *Citatio extra territorium in sibi subditum, consensu domini territorii fieri debet.*
16 *Exceptio negatiua qualitatis accidentalis seu extrinseca exceptio fere improbabilis.*
18 *Affirmatiua nisi probetur, negatiua pro legitime probata habetur.*
19 *Iudex nemo esse præsumitur. Non enim nascitur cum homine, sed per ministerium ei attribuitur nu. 20.*
21 *Negatiua quando ex defectu iurisdictionis probanda sit.*
22 *Iudex cōpetens dicitur, qui habet iurisdictionē & eius exercitium super litigantes.*
23 *Citari recte non possunt, qui non sunt de territorio citantis.*
24 *Ciues omnes, emigrare volentes in, vel an-*

te remissionem iurisiurandi, quo reipub. obstricti fuerunt, data fide loco iuramenti promittere tenentur, se in omnibus negotiis & caussis cum conciuibus suis, eo tempore, quo & ipsi ciues fuerunt, peractis & gestis iudicio stare velle.

25 *Ignorantia totius facti negationi assimilatur.*

26 *Statuto contra iurisdictionem ordinariam fauendum.*

27 *Extensio a persona ad personam non facile est admittenda.*

28 *Renuntiationes per se sunt odiosa, & in prorogationibus est locus pœnitentia, præsertim lite non contestata, idq; fortius in herede defuncti.*

29 *Promittens se iudicio sisti, & non sistens, tenetur quidem ex illa stipulatione ad interesse, sed coram magistratu suo conueniri debet.*

30 *Iudex prorogatus nullam iurisdictionem habet, cum antea non fuerit iudex.*

31 *Heredes non tenentur ex illis contractibus, qui ad illos sui natura non transeunt.*

32 *Priuilegia personalia ad extraneos heredes non extenduntur.*

33 *Persona mutata, quæ est alterius conditionis mutatur etiam qualitas.*

34 *Statutum aliquod esse, & obseruari probatur ex* Urkundt *sigillato.*

35 *Obseruantia habet, vt ciuitates quod faciunt, seruetur.*

36 *Consuetudo inueterata facit licitum id, quod est illicitum, & potest inducere, vt quis in alieno territorio possit iurisdictionem exercere, & dare iurisdictionem ordinariam, n. 37.*

38 *Consuetudo inueterata tantum habet de effectu & potentia, quantum de vsu.*

39 *Consuetudo talis induci potest, vt ciues alicuius ciuitatis, qui inde emigrare velint, nihilominus sub ordinaria iurisdictione prioris magistratus, certis & specificatis casibus maneant, & ibi sistere teneantur.*

40 *Reseruatio iurisdictionis ordinariæ & remissio non pura, sed conditionalis, ex consuetudine locum habere potest.*

41 *Iurisdictioni alienæ sponte quis se submittere potest.*

42 *Actor, si habeat plures iudices, vnum eligere potest, coram quo Reum conuenire velit.*

43 *Ordo rerum magis inspiciendus, quam verborum.*

44 *Metus non probatus non præsumitur, in libera præsertim ciuitate.*

45 *Heres maxime suus eadem cum defuncto persona reputatur, & actiue & passiue tenetur de facto, & ex caussa defuncti.*

46 *Promittens pro se, etiam pro heredibus promisisse videtur.*

47 *Promittens de suo facto tantum non excludit vniuersalem & suum heredem licet stipulatio sit pœnalis, & heredis nulla facta mentio.*

48 *Testator si dicat, volo peti a Titio solo, potest etiam peti ab herede eius.*

49 *Ius, quod est de me, idem est de herede meo, etiam eius mentione non facta.*

50 *Heres non debet esse melioris conditionis, quam defunctus.*

51 *Obligationis conditio non mutatur ex persona heredis.*

52 *Ratio eadem militat in defuncto, quæ in herede.*

53 *Dictiones exclusiuæ non excludunt similes casus.*

54 *Ratio est mens legis & statuti.*

55 *Ratio est potius declaratio & interpretatio, quam extensio.*

56 *Omissum in consuetudine vel statuto habetur pro omisso.*

57 *Ratio moderatur quamlibet dispositionem, non aliter, quam gubernatio nauem.*

58 *Statutum loquens in fideiussore, habet locum in correo principaliter obligato.*

59 *Statutum disponens de exsequendo, capiendo vel incarcerando debitore, loquitur etiam de incarcerato & de suo herede, licet eius mentio non fiat.*

60 *Heredis expressio videtur in lege superflua.*

61 *Obligatio sine expressione heredis actiue & passiue in eum transit, licet instrumentum de ea non cantet.*

62 *Dispositio personalis ne sit, vel realis, ex ratione elici solet.*

63 *Verba seruiunt intentioni, & non intentio verbis.*

64 *Subtilitas verborum vitanda, ne contrahentium voluntas impediatur.*

65 *de Statuentium præsumta mente quod esse videtur, pro expresso habetur.*

66 *Identitas rationis facit, vt idem casus dicatur.*

67 *Verba etiam propria extendi possunt.*

68 *Caussa finalis magis attendenda, quam verba.*

68 *Statuti interpretatio vel declaratio a nemine potius, quam ab ipsis statuentibus petenda.*

69 *Obseruantia statutorum habet vim declarationis verborum dubiorum.*

70 *Obseruatum de facto, perinde est ac si de iure subsistat.*

71 *Ad obseruantiam in dubio recurrendum.*

72 *Heredis, quæ defuncti, eadem ratio.*

73 *Statutum propter caussam, non personam introductum, omnino obseruandum.*

74 *Heres stare tenetur iuramento defuncti.*

75 *Quæsitum & iudicatum semel, amplius quæri non potest.*

76 *Pa-*

tentiam confirmare vel reformare possit.

172 *Acta & acta omnia corruunt, & nouo penitus processu, ac nouis actis opus est, ut iterum ex integro de caussa cognosci possit.*

173 *Testium non rite receptorum dispositiones non valet, sed pro non scriptis habetur.*

174 *Attestationes inualidæ quando consensu partium validari possint.*

175 *Iudex quando super meritis cognoscere, & sententiam priorem confirmare, vel reformare possit.*

IN NOMINE
Domini. Amen.

IN mandatis procuratorum nihil desidero. Quauis ex int[illegible] protocolli per verba Appellanten & Appellaten c[illegible] videretur, præsens negotium ad Cameram deuolutum, & sic ante omnia eius formalia examinanda venire, tamen [illegible], qui forte incuria Bartholomæi, vel potius culpa procuratoris, non recte designans vel dictans rubrum, commissus, statim ex tenore emanatæ citationis, libello eiusue petitione, totoque processu deprehenditur. Cameram scilicet ob prætensas quasdam nullitates, & præcipue ob defectum iurisdictionis per viam simplicis querelæ, tanquam superiorem, & recte quidem aditam, ideo non puto insistendum, nec aliud actrici superfuit remedium. Nam vt tutrix iterato & peremtorie legitime a prætore M[illegible] ad instantiam partis aduersæ citata per literas respondit, † se nolle comparere, nec comparuit, & sic fere fuit contumax, *Bal. in l. ea qua, nume. 1. Cod. quomodo & quando iudex*, cui audientia † denegatur, & beneficium appellationis præcluditur, *l. 1. & ibi Bar. nume. 1. Cod. quor. appell. non recip. Mar. in verb. appellatio par. 6. de appell. nume. 273. & seqq. Alexan. consi. 105. nu 8 vol. 5.* Et sententia iam transierit in rem iudicatam, ita vt nihil superesset, nisi vt sententia illa exsecutioni mandaretur.

Fundamentum igitur nostræ iurisdictionis, & prætensæ sententiæ nullitas principaliter intentata, & recte aditus superior † propter grauamen primi iudicis. *Bart in l. si expressum nu. 14 de appell. Alex. consi. 73. nu. 11. lib. 6.* Nec dubium, quin † de nullitate quilibet, qui se grauatum sentit, dicere possit. *Vant. de null. t. c. 4. nu. 1. fol. 59.* Omnium etiam iudicum sententiæ nullitatis vitio possunt impugnari. Cum igitur nihil horum desideratur, videlicet quoad tempus & nullitates principaliter deducantur, quod ex eo manifeste apparet, cum hoc remedium solum separatim, & sine quouis alio remedio sit intentatum, & ad hoc nobile iudicis officium imploratum *per Bart. in d. l. si expressum num. 12. & 13 Alexand. consi. 215. num. 22 lib 6.* Concludo Cameræ iurisdictionem fundatam.

De actione.

IMploratum † officium iudicis nobile pro cassanda sententia, *Bart in l. 1. numer. 14. Cod. quando prouoc. non est necesse.* Hoc tamen obiter notandum, cum nullitatibus etiam iniquitatem [illegible] deduci, ad acta me referendo. 5

An intentio actoris probata?

NVllitates, quæ proponuntur, diuersi generis sunt: quædam enim concernunt personam iudicis, vt suspecti & recusati, item quod caussa ipsius commodum concernat. Ex sufficit † sola recusatio sine plenaria probatione ad impediendum processum *Alexand. consilio 104. numero 4 lib. 5.* Sed hæc exceptio, quia † non de nouo superuenit, in prima instantia ante litis contestationem legitime erat proponenda. *l. cum apertissimi C. de iudiciis l. ita demum C. de pro[illegible] Mar de appell. num. 74.* Accedit, quod [illegible] allegationes, cum tamen quilibet fundamentum † suæ intentionis teneatur probare, etiam super negatiua, *Affl. decis 377 numero 2. Cod. de probat. Vant a quo & quibus modis. cap. 7. numero 1, & 2.* Quædam respiciunt processum, videlicet [illegible] citatum [illegible], sententiam libello non conformem, nec ad audiendam [illegible] citatum. At notorium est contrarium. Patet etiam ex inspectione libelli & sententiæ, in rebus & caussis [illegible], *l. per hanc. Cod de temp. appellat.* Verum quidem, quod vidua ad audiendam sententiam non fuerit citata. 6 7 8

At quum iterato personaliter citata respondit se nolle venire, & sit vere † contumax, iudex vlteriori citatione non indigere censuit, præsertim caussa iam bene instructa. *Afflict. decisio. 286 nu. 6. Bal. in l. si accusatoribus, numero 16. de accusat. Alexan. consilio 105. numero 5. volum. 5.* Et forte de stylo ita obseruatur Mehrburg / qui † sequendus est, *Affl. decisio. 391. numer 6. Ias. in l. nec quicquam num. 18. & 50. de offic. procons Vant. quibus mod. sententia null. &c. nu. 107. cum seqq.* 9 10

Quoad sententiam, manifestæ iniquitates, quæ nullitati assimilantur. Nempe si in maiorem summam, quam petitum condemnetur, alimenta non pro modo facultatum ex æquo existimata, & tali perso-

næ, quæ & seipsum ex industria alere potest, & a marito ali debeat, quibus alimenta non debentur. Sed prima prætensa iniquitas ex actis constatabatur, ita vt vlteriori cōfutatione non sit opus.

Restat, vt discutiamus nullitaté, quæ ex defectu iurisdictionis Mehrburgensium 11 procedit, quæ nullitas dicitur insanabilis † & nulla lege censetur sublata talis nullitas. *Vant de null. ex defect. iurisd. ct. num. 7. Alex. consi.* 81. *num. 9. lib. 7.* nec valere tale statu- 12 tum, quia † tolleretur defensio, *Alex. consi.* 13 *105. numer. 7. & 8. lib. 5.* nec † iudicatum dici potest ab eo, qui ius iudicandi non ha- 14 bet. *l. 1. § fin. ad Tertull.* Et extra † territorium ius dicenti impune non paretur. *l. fin.* 15 *de iurisdict.* Cum † & citatio extra territorium in sibi subditum, consensu domini territorii fieri debeat. *Mar. par. 6. de citat. numer. 39. & sequ.* At quæri posset, cui huius exceptionis probatio incumbat.

16 Et primo videtur † negatiuæ qualitatis accidentalis seu extrinsecæ exceptio fere improbabilis, *l. 1. C. de mand. princ.* quod nisi 18 affirmatiua † probetur, negatiuā pro legitime probatam haberi, *cap. cum contingat, de* 19 *offi. deleg.* cum nemo † iudex esse præsumatur. *Bald. in l. 2. Cod. de seru. & aqua. numero* 20 48. non enim † nascitur cum homine, sed per ministerium ei attribuitur. *Vant. A quo & quib. modis. num. 6.* & facta non præsumuntur per vulgatia. Sed quia prior sententia transiuit in rem iudicatam, hoc casu 21 † negatiua etiam, ex defectu iurisdictionis probanda. *Bart. consi. 80. num. 1. & consi. 90. num. 12. lib. 1.* quamuis lata esset propter contumaciā. *Alex. consi. 25. nu. 1. lib. 6. Cassiodor. decisi. 1. num. 1. & 2. de præsumt. Vantius loco tam d. num. 6.*

Vidend. igitur quid præstiterit actrix. 22 Competēs † iudex dicitur, qui habet iurisdictionem, & eius exercitium super litigātes, *Mar. dist. 8. nu. 1.* Notorium autem & in confesso, quod actrix & eius liberi non sunt 23 de territorio pretoris Mehrburgensis, & † sic recte citari nō potuerint, *l. præses prouinc. de off. præsid. l. qui neq; C. qui dare tutor.* Nec ratione cōtractus, vel quasi delicti vel quasi rei vel possessionis de qua agitur, vel per factum aut submissionem ex sua & propria persona forum sortitus, vel alias tacite vel expresse in eius iurisdictionem consensisse, imo defectum iudicantis opposuisse, ita vt iudici hoc impedimentum notum fuerit, *argum. l. si quis alie. de iudiciis l. heres absens, & ibi glo. in verb. habebit, de iud.* Cum igitur nullo ex supradicta modis subiaceant iurisdictioni dicti prætoris, & vix alius reperiatur, negatiua circumscripta certis terminis, & per consequens defectus iurisdictionis satis probatus videtur. *DD. in c. fin. extra. de for. comp.*

Occurrit etiam Elisioni, quæ in statuto, consuetudine, pacto, vel longæua obseruātia ciuitatis Mehrburgensis cōsistit. Habet autē dicta consuetudo, vel obseruantia siue statutum: quod omnes ciues emigrare volentes in vel ante remissionem iurisiurādi, quo reipublicæ obstricti fuere, data † fide 24 loco iuramenti promittere tenentur, se in omnibus negotiis & caussis cum cōciuibus suis, eo tempore, quo & ipsi ciues fuerunt pactis & gestis, iudicio corā prætore Mehrburgensi stare velle. Et hoc est vnicum argumentum assertæ iurisdictionis Mehrburgensium. Quod tamē variis modis & caussis impugnatur. Nam primo prætendit actrix eius statuti & facti totius ignorantiā, 25 † quæ negationi assimilatur. *l. fin. C. de cond. ind. indeb.*

Secundo documento producto nullam fidem tribuendam, cum statutum non integre, nec legitime ad instantiam iudicis, sed partis tātum aduersæ sit editum, ad ampliandum etiam iurisdictionem prætoris Mehrburgensis, eiusue honorem saluādum, processusque nullitatem confirmandam faciat.

Tertio, si qua etiā de iudicio sisti, a marito defuncto cautio sit præstita, illā tanquam vi & metu extortam, nullas habere vires.

Quarto, negat factum, tēpore quo fuerit ciuis, vel etiam in districtu Mehrburgensium se non extendere.

Quinto, dato, quod in supradictis omnibus nullus sit defectus, tamen obligationē defuncti mariti fuisse personalem, personā eius non egredi, nec heredes ligare, cū eorum mētio nulla sit facta, lis cum defuncto non cœpta, & statutum cōtra iurisdictionē 26 ordinariam, cui † fauendum, tāquam odiosum restringendam. *c. cæterum. de iud. & ca. hodie. de R. J. in 6.* nec extensio † a persona 27 ad personam, facile admittenda. *l. miles. de test. milit. Afflic. decis. 265. nu. 16.*

Renuntiationes etiam per se sint odiosę, 28 & † in prorogationibus sit locus pœnitentiæ, præsertim lite non contestata, idq; fortius in herede defuncti. *Iaf. in l. 3. num. 23. de ind. Innoc. in ca. dilecti, in fin. prin. nu 2. & ibi Abb. de Capell. Monach.* Accedit, si † quis 29 promiserit se iudicio sisti, & non steterit, tenetur quidem ex illa stipulatione ad interesse. *l. fin ff. si quis in ius voc. l. vbi 75. de V. O. l. fin. de pretor. stip.* Sed coram suo conuenire debet. *l. cōgruit de offi. præsid.* cum † iudex 30 prorogatus nullam iurisdictionem habeat, cum antea non fuerit iudex, *Innoc. in c. conquerente, de offi. ordin. Bald. in Marg. ad Innoc. in verb prorogatione.*

Certum

31 Certum est etiam, quod † heredes non teneantur ex illis contractibus, qui ad illos sui natura non transeunt, *l. quæsitum. §. fin. Inst. de precario. Bal. in c. 1. numer. 11. Qui success. feud.* &c. sicut nec † priuilegia personalia, 32 ad extraneos heredes extenduntur, *glos. Bar. & DD. in l. 1. §. si quis hoc interdicto, de itin. act. priuat.* Et mutata † persona, quæ 33 est alterius conditionis, mutatur etiam qualitas. *l. Licitatio. §. pen. & fin. de acquir. her.* Ius vero ciuitatis per dimissionem, vel saltem mortem defuncti patris omnino est dissolutum, & cum nihil commodi vel emolumenti ad heredes peruenerit, nec merito ipsis oneri esse debet. Nec præsumitur, quod defunctus tā graui præiudicio heredes grauare, vt tanquā status & comites imperii, & tot priuilegiis & immunitatib. ab imperio donati, se minoribus & inferioribus subiicere, ac eo ipso & ordinariæ iurisdictioni & priuilegiis renunciare voluerit.

Dispiciendum nunc est, an per supra dd. statutum vel consuetudo Reipubl. Mehrburgensis, vel pactum, cautio seu obligatio, iurata defuncti, ita sint eneruata, vt heredes non ligent, & per consequens Mehrburgensis nulla competat in heredes iurisdictio. Statutum tale Mehrburgi esse & ob-34 seruari probatur, ex † Uhrkundt sigillato, & in contumaciam q. recognito. *Iaf. in l. si quis ab aliquo. numer. 1. & 2. Cod. de edend. text. gloss. & DD. in cap. cum a nobis, de testibus. DD. in leg. nec in arbitris. Cod. de arbit. Soc. reg.* 247. An Mehrburgenses habeant facultatem ita condendi statutum, nil dicam, 35 quia obseruantia habet, vt quod † ciuitates faciant, seruetur. *Bar. consil. 81. ante nu-36 mer. 1. in fin. libr. 1* Facit item † inueterata consuetudo licitum id, quod est illicitum. *Iaf. in leg si certi condictio § si nummos. num.* 37 *22. ff. si cert. pet.* & potest † inducere vt quis in alieno territorio possit iurisdictionem exercere. *Iaf. in leg. extra territorium. numer. 18. de iurisd.* & dare iurisdictionem ordinariam, *Iaf. in leg. morte 43. & 45. eod. tit.* quæ 38 tantum † habet de effectu & potentia, quātum de visu. *Iaf. in l. de quib. n. 24. de LL.*

Ex quibus clarum arbitror, quod talis 39 consuetudo induci † possit, vt ciues alicuius ciuitatis, qui inde emigrare velint, nihilominus sub ordinaria iurisdictione ipsius, cui antea sub iecti fuerunt, certis & specificatis in caussis remaneant, & ibi se iuri sistere, & præsentare teneantur, maxime speciali interueniente pacto vel conuentione, eaque iurata, quæ omni veriori, quo potest modo, valere facit & sustinet, *l. cum pater. §. filius. de leg. 2. Philipp. Portius consilio. 5. numer. 50. Chass. de cons. §. 6. verb. contra le principal. numer. 5. & ibi add* Et ita ego d. statutum vel pactum intelligo, vt sit quædam reseruatio † iurisdictionis ordi- 40 nariæ, & dimissio non pura, sed conditionalis, quæ suspendit effectum. *leg. 1. & 2. Cod. de his qui sub modo*, &c. *glos. in leg. generaliter, verb. deretictu. Cod. de Episc. & Cler. faciunt not. l. si quis arbitratur, ae verb. obl. Bar. in cons. 95. nu. 4. lib 1.* videlicet, ego te non aliter dimitto, quam ea conditione, vt in omnibus caussis & negotiis, quæ cum conciuibus tuis tempore ciuitatis tuæ gessisti, coram hoc tribunali conuentus, respondere velis, & vt Resp. de eo possit esse securior, desuper præstes iuramentum. Hic sensus (quem ego verum & genuinum puto) si accipiatur, non opus est multum de renuntiatione, vel prorogatione iurisdictionis disputare. Cum non alienæ iurisdictioni quod quidem alias quis sponte † 41 facere potest. *leg. 1. 2. 51. & 74. de iudiciis*, se submittat, sed sub veteri & priori remaneat. Plures enim quis iudices habere potest, quo casu † electio est actoris, vbi & 42 coram quo reum conuenire velit. *l. 3. de eo quod certo loco, leg. heres absens. 19. §. fin. de iud.* Nec obstat præposteratio verborum vel ordo. *Bal. in l. fin. num. 12. C. de fideicom. libert. l. 1. Cod. de exsecut. rei iud.* Quia magis † inspicimus ordinem necessarium, quam 43 ordinem verborum. *leg. in talem, de hered. inst. Bal. in cap. inter monasterium. numer. 8. de re iud.* conditio suspendit, & vt effectum habeat omnino supplenda, sicut modum adscriptum supplere necesse est. Et quamuis hoc videatur satis graue, sibi tamen ipsi imputet, quod tali oneri se subiecerit, nec alii superiores vel magistratus de interuersione suæ iurisdictionis merito conqueri possunt, quia id partim ipsorum proprio facto contigit, quod talem susceperint, non inquirentes num & alium superiorem habeat nec ne *l. factum. de reg. iur.* Ex his puto corruere primam & secundam oppositionem & tale statutum induci posse, & vigere probatum.

Tertia exceptio, de vi & metu † nullius 44 est momenti, neque probata, nec etiam præsumitur in libera ciuitate. *Affl. decision. 263. num. secundo.* Præsertim cum hæc promissio sit facta, secundum iam diu vigentem consuetudinem, & obseruantiam. *l. licet locati. Alex. consil. 8. numer. 4. volum. 6.* Factum ipsum & natiuitas filiæ naturalis ex testium depositione conuincitur, quod mater scilicet cum patre Mehrburgi rem habuerit, & filia ibi nata sit. Dato nunc, quod propter obligationem iuratā & reseruatā iurisdictionē, defunctus obstrictus fuerit, non obstantibus quibuscunque

exceptionibus vel priuilegiis, sui copiam Mehrburgi facere, superest omnium maxima difficultas, an etiam hæc obligatio ad heredes transeat, eosque non minus, quam patrem liget, atque teneat, maxime cum eorum nulla facta sit mentio. Antequam vero ea de re damus, diligenter ante omnia rationem & caussam finalem huius consuetudinis vel statuti perpendendam censeo, quam vnicam & solam esse arbitror, ne ciues Mehrburgenses ob contractus vel alia facta quondam cum conciuibus suis gesta & pacta, cum magno dispendio rei familiaris, mercantiæ & sumtuum extra tribunal adire & sequi teneantur. At notissimi iuris, quod † heres maxime suus, eadem caussa defuncto reputetur esse persona, ita vt actiue & passiue teneatur de facto & ex caussa defuncti. *Iaf in leg. 2. § si in facto. num 2. de verborum obligat.* ec contra qui promittit. *leg. cum a matre. Cod. de rei vind. Iaf. in leg. apud Iul. § si quis. num. 12. de leg. 1.* Sic qui promittit † pro se, etiã pro heredibus promisisse videtur *Dec. in l. heredem, numer. 5. de reg. iur. & in additio Alex. consi. 13. num. 8. lib 5.* imo † promittens de suo facto ita suum non excludit vniuersalem & suum heredem. *Dec. dict. leg. heredem. num. 7 Bal in leg. fin. numer. 5. in fin. Cod. de act. emt. Alex consil. 8. numer. 15. cum duobus seqq. lib. 5. Boer. decis. 67. num. 5. & 6. Tiraq. de retract. conuent. quæst. 1. glos. 6. num. 5. item de retract. leg. § 1. glos. 9. numer. 40.* licet stipulatio fit pro se alis, & heredis nulla facta mentio. *Iaf. in leg. stipulatio ista habere licere in princ. & § sicut numero 1. & § si quis dolo, de verbor obligat.* Sic si testator dicat, volo peti a † Titio solo, potest etiam peti ab eius herede. *leg. non solum, la. 2. § tale, de lib. leg. Iaf. in dict. leg. si stipulatio in princ. num. 9. in fin.* Nam quod iuris † est de aliquo, idem etiam iuris est, de eius herede, licet eius mentio non sit facta, *Alex. dict. consi. 18. numer. 16.* Quia heres non debet esse melioris † conditionis, quam defunctus. *Iaf. in leg. Pomponius. §. quæsitum. numer. 8. 24. & 28. de acquir poss. Tiraquell. de retract. conuent § 1. glos. 6. in verbo. heredi tas. num. 4. & 10. circa fin.* Nec † ex eius persona immutari obligationis cõditio. *glos. in d. l. 2. §. ex his & l. in exsecut. §. per pactũ. de verb. oblig at.* maxime (vt s. dictum) quando † militat eadem ratio in defuncto, quæ in herede, *Iaf. in dict. leg. 2. §. ex his. nu. 2.* cum & † dictiones exclusiuæ non excludant similes casus. *leg. prima § si mensor falsum mod dix. text. & glos in leg. as alienum, vbi Bar. num. 2. C. de prædiis minor.* vel ea quæ procedunt, per eandem rationem. *Bal. in dict. leg. ob as. numero primo.* Vide Dynus *in cap. in argumentum numer. 4. de reg. iur.* dicit, quod ea, quæ conueniunt in identitate rationis, non debeant separari in constitutione iuris, cum tacite videantur, in quo eadem reperitur ratio, etiam in materia pœnali, *Bal. in leg. data opera, numer. 11 C. de his qui accusa. non poss.* & correctoriis. *authent. quas act. de SS. Eccles. Alex consilio 53. num. 12. libr. 4.* Quod & in statutis obtinet. *Bal. in leg. his solis. num. 1. & 3. Cod. de reuocand. donat.* Ratio † enim est mens legis & statuti, quæ decidit omnes casus, non per extentionem, sed sicut genus comprehendit species, sic generalis ratio comprehendit diuersas casuum species. *Tiraquell. de retract. legit. § 20. glos. vnic. verb. si le Marii. numer. 2.* & † est potius interpretatio & declaratio, quam extensio. Nec videtur statutum restrictiue loqui, & vbi vnica ratio reddi potest, habetur pro expressa, *Tiraquell. in iam dict. loco. numero 2. & 3.* etiam in odiosis. Omissum † quidem in consuetudine vel statuto habetur pro omisso. *leg. 1. Cod. de sum. trin. & fide Cathol.* sed id verum, nisi sit omissum ratione rarioris vsus, aut si omissum sit, simili expressio, aut sit in vtroque eadem ratio. *Tiraquell. d. loco. §. 10. numer. 6. & 11. qui ad hoc allegat c. penult. de iureiur.* Ratio † enim moderatur quamlibet dispositionem, non aliter quam gubernaculum nauem. *l. cum pater. §. dulcissimis de leg. 2. Phil. Portius consilio 30. numero 41.* Si statutum † loquens in fideiussore habet locum in correo principaliter obligato, *Alex. consilio 41. numero duodecimo. libro 5.* & disponens † de exsequendo, vel capiendo debitore, vel & in carcerando. *Chass. des censes. §. 6. verb. contra le principal. numero 2.* intelligitur etiam de suo herede. *Alex. consilio 18. num. 16. libr. 6.* licet eius mentio non fiat, imo † expressio hereditatis in lege videtur superflua. *Iaf. in dict. leg. 2. §. item, si in facto. &c. per leg. veteris. Cod. de contrah. stip.* cum sine expressione semper transeat obligatio † actiue & passiue, licet instrumentum de eo non cantet. *Bal. in leg. 1. Cod. quorum legat. & c. etiam in pœnalibus. Chass. d. verb. contra le principal. numer. 3. 4. & 5.* An vero † dispositio sit personalis vel realis, ex ratione elici solet, *c. requisiuisti de testam. Abb. in c. quoniam num. 8. & 12. de off. deleg.* Qualitatum enim dispositionem principaliter debemus attendere, & si subiecta materia vel verba innuant, quod sit personalis, talis erit censenda, verba † enim seruiunt intentioni, & non intentio verbis, *c. mandata, de præsumt. & c. 2. de appell. & Abbas. dict. c. quoniam. numer. 8. de off. deleg.* Et † subtilitas verborum vitanda, ne contrahen-

trahentium voluntas, impediatur, text. in leg. vn. in fin. Cod. vt actiones ab heredi tate incip.

Quæ autem sit mens & ratio nostræ consuetudinis supra dictum. Ex qua facile est videre, quod licet verba videantur concepta in personam emigrantem, tamen nullam non fuisse caussam immediatam, ideo cum ea non exstingui. *leg. non solum. de in integr. rest. Bal. consi. 112. num. 1. & 2. l. b. 1.* sed ad heredes transire, licet eorum nulla mentio facta sit, *l. fin. de hered. inst. Bal. consil. 200. num. 6. l b. 1.* & quia videtur de præsumpta 65 mente † statuentium fuisse, pro expresso habendum. *leg. tale pactum. § fin. de pact. Bal. d. Et consi. 2 o. num 6 lib. 2.* Nam de hoc interrogati proculdubio idem respondissent Mehrburgenses. *Alex. consi. 36. num. 17. lib. 6. & consilio 24. num. 34. libr. 2.* Facit 66 † etiam identitas rationis, vt idem casus dicatur, *cap. fin. vbi Dyn. numer. 11. & 13. de reg. iur. in 6. Bal. cons. 324. numer. 2. lib. 5.* in 67 tantum, vt etiam in propria † significatione verborum ad latam fiat extensio, & ea verba extendere liceat. *l. filium habens. Cod. ad Macedon. Ias. in leg. 1. §. veteres. num. 30. de acquir poss. Alex consi. 20. num 13. libr. 2.* 68 Nam caussa finalis † magis attendenda, quam verba præcisa. *Affl. decis. 392. numero 21.*

His accedit, quod ita hactenus obseruatum 68 dicitur. Statuti † autem interpretatio vel declaratio a nemine potius, quam ab ipsis statuentibus petenda, *cap. cum venis sent. de iud. Gram. decis. 65. num. 77.* Imo † 69 ipsa obseruantia habet vim declarationis verborum, si in iis aliquid est dubii, *Alex. consi. 8. num. 7. lib. 6.* Et quod si de facto quid 70 obseruatur, † perinde est, ac si de iure subsistat. *Alex. d. Et. consi. 8. num. 1.* non habita consideratione statutæ, iustitiæ vel iniustitiæ. *Angel. cons. 248. num. 1.* Cum igitur verisimili mente statuentium, *Alex. cons. 24. num. 34. lib. 2.* ex præsenti sententia & 71 obseruantia, † ad quam in dubio recurrendum, *Bal. consi. 67 num. 6 in fin. pag. 5.* appareat, & eadem sit ratio † in hereditate acquisita 72 que defuncto. *Alex. consilio 7. num. 9. & 10. lib 7.* Non video quomodo diuersum ius statui possit vel debeat. Hoc etiam statutū 73 † non propter personam, sed caussam introductum sit, *Zas. in sing 6. c. 4. num. 1. pag. 2.* & iuramento vallatum sit hoc pactum, *Bal. consi. 2. numer. 6. volum. 3. leg. fin. Cod. de non num. pec.* Et talis est effectus, vt licet 74 reatus periurii exstinguatur, tamen † heres stare tenetur eis, quæ defunctus iurauit. *leg. nam & postea. § fin de iureiur. Bal. consi. 471. num. 2. lib 5. Affl. decis. 381 nu. 8. & 9.*

Possent his addi, quia semel in caussa mandati executorialis nullitas proposita, & de ea dictum iam amplius, de ea quæri non 75 possit, cum † semel quæsitum & iudicatum sit. *l. 2. Cod. si ex fals. instr. Bar. in l. 1. num. 11. C. quorum appell. recip.* Item si versaremur in materia prorogationis, quod in pacto ad 76 conseruandam iurisdictionem † non sit locus pœnitentiæ. *Decius in l. si conuenerit. nu. 29. de iurisd.* Et quod fortius est, iuramentū habet vim litis contestationis, per quam tollitur pœnitentia, & tenetur iurans præcise seruare, *Decius d. l. si conuenerit, n. 34. & 8.* Nam licet † promissor facti præcise cogi 77 non possit, sed soluendo interesse liberetur. *l generaliter in fin. C. de non num pec.* Et iura 78 menta non aliter † vel amplius ligent, quā secundum naturam contractus, quibus apponuntur: tamen propter votum & iuramenti religionem factum eo casu præstari debet, præsertim si facile expediri possit. *Zas. in l. stipulationes non diuid. n. 39. cum aliquot seqq de verb obl. Ias. in d. l. si conuenerit. n. 7. & 15.* Fundata igitur iurisdictione prætoris Mehrburgensis, & processu subsistēte, cum a sententia contra ius litigatoris appellatum non sit, nihil restat, nisi vt executioni mandetur. *l. 1 §. item. ff. de sent. qua sine exs. C. decis. 1. n. 16.* At quia hic passus est valde dubius & perplexus, hoc statutum † sit 79 odiosum, & licet in fauorem ciuium tēdat, stricte tamen intelligendū, *Tiraq in præf de retr. lign. n. 65. & 67.* correctorium etiam 80 iuris † communis, quo casu non debet plus operari, quam sit in eo specialiter scriptum, *Alex. cons. 172. n. 5. lib. 5.* de persona ad personam non facile fiat extensio, ita vt statutum 81 † loquens in debitore contractus non habeat locū in alio debitore. *Alex cons 8. n. 28. lib. 3.* & loquens † in personam non cō 82 prehendit facientem per aliū, *Alex cons. 59. n. 4. & 7. lib 6.* Nec fictioni sit locus † in statu 83 tis, sed mera veritas inspicitur *Tiraq de retr. lign § 9 consti. verb. d. dans l'an. n. 37.* Fortiter etiā pro contraria opinione stringat text. & quæ ibi notantur, per DD. *in l h. res absens de iud.* me dominorum iudicio submitto. Et dato prætorem Mehrburgensem plane fuisse incompetentem, & sic processum & sententiam nullam, perpendendum quid in hoc supremo tribunali sit agendū.

Tradunt autem DD. communiter, quod 84 nullitas † principaliter deducta, vt hic, deuoluat negotium principale, & totam caussam ad iudicem nullitatis, ita vt super meritis cognoscere, & sententiam vel confirmare, vel reformare, etiam ex noua caussa, & nouis probationib. possit, *Gail. obs. 117. n 1. & obs. 123 in 3. lib. 1. Alex. consi. 225. num. 24. lib. 6. & consil 59. nu 1. & 2. lib. 4 Bar. in dict. leg. si expressum numer. 14. in fi. & nume 15.* vbi additio literis A. & Baldum in leg. sient

proponis l. 1. C. Quomodo & quando miles, itē super nullitate tantum, vel iniquitate duntaxat, aut etiā super vtroq; , vel partim super vno, partim super alio pronuntiare possit, vt puta in tali puncto fuisse iustā, in tali iniustam. Bal. *in l. eos n.* 10. *vers. quaerunt. DD. de appell.* & pro parte nullam pronuntiare, pro parte confirmare, *Bar. in l. quadam in pr. ff. famil. ercisc. Alex. cons.* 122. *n.* 15. *lib.* 2. licet de nullitate sententiae tantum sit dictū *Alex. cons.* 53. *n.* 1. & 2. *lib.* 5. *Dec. cons.* 483. *n.* 8. etiam quoad reformationem. *Alex. cons.* 79. *n.* 4. *lib.* 2. Quamuis autem DD. communiter velle videantur, quod prima † sententia nulla non possit confirmari. *Couarr. in c. Raynutius n.* 1. *de test.* nisi eius defectus sit sublatus, & processus defectuosus sanatus, *Bal. d. l. eos. num.* 11. *Cod. de appell.* Alex. *cons.* 53. *num.* 15. *lib.* 5. Tamen late deducit Alex. quod etiam sententia † nulla ex defectu iurisdictionis confirmata teneat, si ab ea appellatum non fuerit, vel si semel de nullitate dictum *Alex. consi.* 111. *num.* 1. 2. 3. & 4. & *ibi add. litera A. lib.* 5. *facit aliquo modo, Alex. cons.* 67. *lib.* 6. Quia igitur semel super hoc puncto nullitatis, vt supra attigi, in caussa mandati exsecutorialis iudicatum sit, & prior sententia tacite confirmata, nec ab eo prouocatum sit, ea nunc denuo recte confirmari posse videtur, cum etiam † possessio nulla possit mutari in aliquam, & tenuta nulla si reiteranda, veniat confirmanda, *Alex. dict. consi.* 97. *lib.* 6. Sed huic forte obiici posset, petitam esse restitutionem in integrum, & Cameram eo nomine adiri posse, extra dubium puto. *leg.* 3. *Cod. si adu. rem iudic.* Porro tradunt DD. quod quamuis nullitas † & iniquitas, dummodo contrarietas non resultet, simul proponi & decidi possint, tamen hoc verum, si petitum fuerit, habita prima sententia pro nulla, ex integro pronuntiare: quia tunc satis erit, si iudex dicat, cancellata tali sententia, vel illa non obstante, tamquam ipso iure nulla pronuntiamus , tale quid debere fieri, *text. & Bal. in leg. si praeses. Cod. quomodo & quando iudex.* Nam talis cassatio habet vim sententiae. *Vant. quot & quib. modis num.* 45. & potest † iudex in eadem sententia, eandem partem, quae in articulo nullitatis obtinuit in negotio principali, iuxta tenorem primae sententiae, quae fuit declarata nulla condemnare. *Bal. dict. leg. eos nu.* 10. *Tholos. quaest. decis.* 114. & *ibi add.* Secus autem si instet & contradicat, petens super nullitate tantum cognosci, quia tunc nullitates reuocari, & postea de meritis cognosci, & pronuntiari debet, *Bar. in dict. leg. sicut proponis num.* 5. *Franc. in c. dilecto num.* 8. *de appell. Bal. in leg. cum quaerebatur, numer.* 4. *de re iud.* In tantum, vt si nullitas versetur † circa acta & sententiam, omnia debeant reuocari, quae sunt secuta ex ea, & ab ea, *Bal. cons.* 275. *num.* 2. *l. b.* 1. & nouus processus institui, nec summatim, si caussa est ordinaria, sed plenarie renouari; *Zas. dict. leg. cum quaerebatur, numer.* 5. *in fin.* nullo autem modo sententia prior, ex primis actis confirmari. Nam † qui petit sententiam primam confirmari, debet probare, quod is, qui tulit sententiam, erat competens, & quod ordinem iuris seruauerit, *Guid. Pap. quaest.* 294. Cum igitur vidua actrix petat duntaxat sententiam nullam pronuntiari, & non solum sententia vitio nullitatis laboret, sed etiam omnia acta & citata ex incompetentia iudicis sint infecta & nulla , videtur iudicis Camerae partes esse , vt definiat sententiam prius latam esse nullam , & decernat iterato caussam audiendam esse , *Bal. in dict. c. sicut proponis nu.* 14. *Capel. Tolos. dict. quaest.* 114. & *quaest.* 179. *Zas. in dict. l. cum quaerebatur, num.* 9. *in fin.* &c. Nisi priori praeiudicio inhaerere, & petitam restitutionem denegare velimus: aut forte dicamus, merita caussae, & iniquitatis punctum, aeque atque nullitatem ipsam in hoc iudicio deductam & propositam, negata enim est filiatio, requisita decernendorum alimentorum impugnare, testes reprobatos, & allegatum non fuisse habitam rationem bonorum & facultatis personarum. Vnde non absonum fore, si super illis pronuntiet iudex, quoniam ei proposita, & in eius notorium venerunt. *leg. iudex. de re iud.* praesertim id parte aduersa expresse petente, exemplo appellati, qui inuito appellante omisso appellationis puncto, in principali negotio procedere potest, *Alex. consil.* 753. *numero* 11. *libro sexto.* Cui addi potest, iudicis † esse lites quam primum dirimere. *leg. quidam existimauerunt. ff. si cert. pet.* ad euitandum circuitus & reiterationes processus, & prouidere, ne cum interitu partium ad pascua aduocatorum lites protrahantur. *Zas. dict. leg. cum quaerebatur. numer.* 7. *de re iud.* ordinatione etiam hoc fit prouisum.

Sed haec non obstare puto, cum sententia ex defectu iurisdictionis non transeat in rem iudicatam, & praesens caussa non satis sit instructa, imo etiam in meritis agentis deficere videatur, & magis ipsi consultum sit, vt super nullitate, quam meritis pronuntiemus, &c. *vt patebit ex seqq.*

Et primo quidem de actione. Si inspiciamus supplicationem pro citatione praetori exhibitam & 10. art. libelli, actum deprehen-

prehendemus ex stipulatu tantum ad consequendam, & desuper testes examinari, & hæc esset vtilissima, tamen quia petitio & conclusio libelli, tendunt ad alimenta tantum, & illa † præcipue consideranda sunt, *Alex. consil. 121. numer. 1. libro primo.* necesse est se accommodare voluntati agentis. Qua in re puto officium iudicis intentatum esse, non quidem illud latissimum, in quo verba referuntur tantum ad iudicem, illum hoc facere posse & debere, *Abb. cap. 1. numero decimo. in fin. extra de off. iud* & tradit formulam Spec. *in tit. Qui filii sint legit. numer. 2. circa fin.* Sed potius illud, quod loco actionis ponitur, quia petitio † non ad Iudicem, sed ad partem & certam personam directa, & plenam caussæ cognitionem & litis contestationem requirit. *Abb. dict. cap 1. numero 1. 2. 3. & 6.* Requisita huius officii iudicis pro præstandis alimentis, tradit Rofred. *sub Rub. de offic. iud.* quo petuntur alimenta *pag. 5. in princ. & passim multis in locis.* &c. Et cum libellus de sua substantia † requirat expressionem talis caussæ, ex qua oritur obligatio & actio. *DD. in leg. prima ff. eod. Alex. consilio 166. libro 6. numero quinto.* Et in hoc officio iudicis de forma sit, quod † per agentem deducatur, se esse paupere m, & infirmum, ita vt aliunde non habeat, nec sua industria se alere possit. *Alex consilio 48 numero secundo. libro 3. & consilio 27. numero secundo. libro quarto. leg. si quis. §. alimenta. §. impubes, de liber. agnoscend.* At cum hæc duo omissa sint, necessario sequi debet, absolutoria saltem ab obseruatione iudicii. *c. examinata, de iud. lege prima § 1. ff. si mensor fals. mod. dix.* Nam exceptio † inepti libelli etiam post sententiam opponi potest *cap. cum dilecti. numero tertio. & quarto. & ibi Affl de emt. & vend.* & Iudex † parti quod opponat, supplere debet, *glos. & DD. in leg. 1. Cod. vt quæ desunt Aduoc. Abb. in cap si examinatur. numer. 21. de iud.* Et posito, quod hæc non releuarent, tamen nec ex post facto probata paupertas & infirmitas, quæ sunt fundamentum intentionis. *Affl decis. 377. numer. 6.* Et licet negatiue concepta, tamen omnino probanda allegantur. *Alex. consilio 91. num. 9. libr. 7. Ferrar. in l. bel quo agit vxor. verb. ac etiam. vers. hic autem in fin.*

Nec dici potest, quod hæc nota fuerint Iudici, quia † iudici non competunt hæc tria, non petita petam, non excepta, excipiam, non probata, probabo, *Bal. in leg vn. num. 6. 7. 8. & 11. Cod. vt quæ desunt Aduoc. part.*

Accedit, quod filia iam sit maritata, & † maritus teneatur ad alimenta, licet patrem habeat, *leg. si filia. §. 1. ff. famil. ercisc. Cyn. in l. quod in vxorem. C. de neg gest. Ferr. in d. verb. ac etiam.* Cum igitur fundamentum Actricis ad caussæ victoriam pertinens deficiat, & Rea si non ab actione, saltem ab obseruatione iudicii per supra allegata, absoluenda veniret, & ita satis sit pro ipsa, pro nullitate tantum, quam coniunctim, & meritis, atque iustitia caussæ, secundum iam deducta pronuntiare, eo minus anxii debemus esse de reiterando processu in hac caussa alimentorum, quæ alias † pia & fauorabilis dicitur, *Mant. sing. 22. numer. 4. Affl. decis. 252. num. 8.* præsertim cum in eius fauorem tendat, vt requisita huius actionis seu officii melius deducat, & probet.

Concludo super in contrarium allegatis non obstantibus, pronuntiandum a iudicibus prioribus nulliter processum & iudicatum, cum appendice, wo sie einander Sprüch vnd Forderung nicht erlassen wöllen / daß sie solches an gebürenden Orten thun mögen.

Expensas si fieri posset vellem compensare, sed vereor quod non possit. His accedunt, quæ post conclusionem in caussa pro Perlenstein sunt allegata, ad conuincendum defectū iurisdictionis prætoris Mehrburgensis. Vt igitur finis imponatur huic caussæ, nec detur ansa & occasio sententiā Cameræ in caussa mandati exsecutorialis latam, nescio in quam partem trahendi, & vix superfit, quod amplius dici possit petitionem pro rescindenda conclusione ipsas quoq; conclusiones cum suis exhibitis, neque expresse reiiciendas, nec admittendas, sed tacite hanc submissionem prætereundam, euentualem litis contestationem pro pura, & caussam ex officio pro conclusa acceptando pronuntiandum quod iuris, &c.

In caussa Mandati exsecutorialis.
Votum. II.

IMploratum officium iudicis pro exsequenda sententia, & recte inferior Iudex † superioris auxilium pro facienda exsecutione implorare. *l. a Diuo.* de re iud. vel literas scribere potest, *Ias in l. si conuenerit. n. 26. de iurisd.* Sciendum nullitatis quæstionem † regulariter sententiæ exsecutionem non impedire, modo sit retractabilis, *cap. suscitata, cum ibi not. de in integr. rest.* alias enim esset dare † exsecutionem sententiæ, quæ nondū esset lata. *leg. 1. Cod. de exsec. rei iud. Vant. quot & quibus modis. cap. 6 num. 29. cum 2. seqq.* nisi nullitas in continēti, & de facili liquidari possit, *l. fin. Cod. de ord. cog. Alex. consilio. 181. n. 4. libro 6.* vel ex defectu iurisdictionis proposita proueniat.

Posteriori enim casu, etiamsi altiorem indaginem requireret, retardanda est executio. *Vant. dict. cap. 6. num. 33.* Sed quid mouerit iudicem Cameræ, quare illam non attenderit, non video: licet enim alimentorum caussa † censeatur pia. *leg. 1. §. sed excipiuntur, vbi Ias. num 7. de feriis.* Et ita fauorabilis, vt etiamsi dubitetur, vtrum quis sit filius, præuia caussæ cognitione, officio iudicis † alimenta sint præstanda. *d. l. si quis. & l. negent. ff. de liber. agnosc. Ferr. in libello pro legato rei sing. verb. coram vobis,* nec impediatur per litis contestationem vel appellationem *l. fin. de app. recip. Affl. decis. 152. nu. 3.* imo nec satisdatio requiritur, nec imputentur. *l. 1. in pr. ff. si cui plus quam, per leg. Falcidiam, Affl. dict. decis. 152. num. 4.* si eff. iud. decernuntur: secus si iure actionis petuntur. *Guilh de Ludeu sing. 139. fol. 299.* Attamen perpendenda erit & diligenter examinanda iurisdictio decernentis alimenta, in, qua cum ex supra dd. deficiat, & sententiæ nullæ confirmatio † nihil operetur. *Paris. consil. 24. num. 158. lib. 2.* agens in caussa nullitatis obtineat, obtinebit etiam reuocationem executionis. *Rota decis. 3 de except. rei iud.* Quando enim reuocatur sententia, † omnia quoque debent reuocari, quæ sunt sequuta ex ea vel ab ea, *Bal. cons. 275. n 2. lib. 1.*

106

107

108

109

Ex quibus concludo mandatum executoriale cum omnibus subseqq. reuocandum, atque cassandum. Quoad expensas, vt in caussa nullitatis Dominis relinquitur cogitandum, num expresse super restitutione pecuniæ, iam dudum respectu alimentorum solutæ, & partim adhuc depositæ pronuntiare vel sub verbis, cum omnibus subsecutis tacite comprehendere, & adiudicare velint.

Votum. III. Correferentis.

QVoad mandata procuratoria & iurisdictionem Cameræ, cum D. Referent. Quia nullitas defectus iurisdictionis prioris iudicis in hoc iudicium principaliter deducta, & pronuntiari desuper petitum est, puto vna cum Referent. iudicis officiũ nobile, & id quidem solemne loco actionis principalis propositum esse. *Innoc. in cap. 2. numero 2. de off. iud. Spec. de off. om. iud. §. 1. num. 5.*

Ad probandam autem intentionem actricis variæ quidem adducuntur nullitates, quarum tamen præcipua est ea, quod dicitur, iudici priori nullam omnino iurisdictionem competere in actricem, eiusque filias: qua probata, superuacaneum foret, de reliquis verba facere, cum vel ex hac sola totus processus, & omnia actitata corruant. Et in primis quidem allegatur notoria illa imperii † consuetudo & obseruantia, qua Comites, Barones & Nobiles eiusdem, partim ex immemoriali præscriptione, partim vero ex priuilegiis & concessionibus Cæsareis, prout ipsi quoque Perlensteini, iuxta priuilegia sua, Anno, &c. 74. Cameræ insinuata, a quorumcunque iudicum iurisdictione exemti sint, & solum Imperatorem cum Camera agnoscant, nec aliter, quam vel iuxta Außträg / vel hic in Camera conuenire possint, iuxta ordinati. nẽ: Quod si secus fiat, iudicium nullum esse, nec processum, nec sententiam, tanquam a non suo iudice latam, valere, *iuxt. l. fin. C. si a non comp. iud. iudicatum dicatur.*

110

Nec obstare, quod maritus actricis, Hans Caspar Perlenstein ciuis Mehrburgensis fuerit, cum is aute obitum, Anno scilicet 70. ius suum ciuitatis resignauerit, transferendo simul domicilium suum in locum & territorium, vbi præter Imperatorem alius superior non agnoscatur, quibus subiungitur, iudicem Mehrburgensem, cui quidem hæc omnia, tanquam notoria nota fuerint, tamen ad nulliter emanatam suam citationem, de iis quoque in scriptis fuisse certioratum sicque quod nulla amplius prætori seu iudici Mehrburgensi in d. Hanß Caspar Perlenstein / vel heredũ suorum personas iurisdictio competerit, neque hodie adhuc competat, *c. appellantis de appell. cap. accedens. cap. 1. vt lit. non contest. extra. & est text. in cap. pastoralis. vers. vt illud, &c. de sent. & re iud. Canon. Salye. in l. omnes. §. executionibus. num. 1 Cod. de Episc. & Cler.* Et hæc actric. argumenta partim in confesso sunt, partim vero ex actis prioris instantiæ constant, quibus puto intentionem Actricis probatam.

De elisione.

GRauia hic & prægnantia argumenta ad eneruandam actricis intentionẽ proponuntur. Quorum primum est, quod actricis maritus Hanß Caspar Perlenstein tempore resignationis iurium ciuitatis, Senatui Mehrburgensi promiserit, daß er von allem dem / so sich bey Zeit seines Bürgerrechts zu Mehrburg verlauffen / daselbst Recht nemmen vnd geben wölle.

II. Quod illa promissio non simpliciter, sed sub fide data, in vicẽ iuramenti facta sit.

III. Caussam hanc originem traxisse ex facto pluribus annis ante dictam resignationem ciuitatis a defuncto Hans Caspar commisso. Et primum quidem argumentũ fortiter stringere videtu, reũ fruatur auctoritate & testimonio senatus Mehrburgensis, referentis id ex statuto ciuitatis ita obser-

obseruari solitum, & cum Ioanni Caspato similiter ita obseruatum esse. Ideo in hoc casu nostro dil gentius examinandum. Et hoc intendit, quod iam d. ctis Perlenstein inprimis iuribus ciuitatis Mehrburgensis omnibus & singulis renunciauerit, ac dimissus sit, per nouam tamen superuenientem stipulationem eorundem iurisdictionem iterum prorogarit. Resignationé autem siue renunciationem omnium iurium subiectionis præcessisse, puto ego quidem (saluo d. minori iudicio) verba illa in d. Vhrkundt/it id. Seyn bey vns habend Bürgerrecht / von vns in sitzendem Rath auffgesagt / ꝛc. quamuis generaliter posita, satis tamen declarare. Nam qui in genere † dicit, omnes species sui natura inclusiuas comprehendit, nec generalitas ratione specierum restringitur, *l. sub prætextu. la 2. vbi Bald. in 1. & 2. notabili. C. de transact.* dicens, quod generale verbum † non recipiat arctationem, nisi in eo, quod includi non potest: addens in tantú sufficere, quod casus in genere includi possit, vt si etiam de hoc specialiter cogitatum non fuisset, tamen continere facit secundum eum, *l. qui iure. ff. de testam. milit.* Cum vero iurium ciuitatis non minimum illud sit, quo quis coram magistratu seu iudice eiusdem ciuitatis iuri stare adstringitur, & necessario in receptione cuiuscunque ciuis iisdem iuribus includatur. Ergo etiam in resignatione eorundem iurium eandem vim retinere necesse est, vt scilicet inclusum maneat. Censetur enim † resolutio contractus eiusdem naturæ esse, cuius est vel fuit contractus, *Bart. in l. & ideo. num. 2. ff. de condict. furt. Bald. in l. pactum. num. 16. C. de collat. Ias. in l. si vnus. §. pactus ne peteretur. num. 26. ff. de pact. allegans ad hoc gl. sing. in l. 3. § contrarium.* (quam esse vnicam in iure dicit secundum Baldum *in rubr. C. de restit.*) *de acquir. possess.* Idque maxime in hoc nostro casu procedere puto, cum nulla diuersitatis ratio appareat. Huic autem significatio ni iam dicto modo factę consensum Mehrburgensis senatus adhibitú & consequenter remissionem aller Bürgerlichen Pflicht factam esse, vel eo ipso constare puto, quod neq; de contradictione Mehrburgensium, neque de reseruatione der alten vorgethanen Bürgerlichen Pflicht / ex supradicto Vhrkundt / quicquid appareat. Qui enim non contradicit, † cum tamen id facere vel debeat, vel possit, maxime cum de contrahendo seu distrahendo agitur, consentire dicitur, *argum. l. 2. & ibi gl. C. de acquir. possess. & l. si a te ff. si seruit. vindic. Ias. in l. qua dotis. num. 83. solut. matrim.* Et vbi aliquid reseruatur sub verbis seu dictionibus exceptiuis, & ea significationem denotantibus (quarum nullam in nostro Vhrkundt reperio) omnino fieri debet, *Bart. in l. si eum. §. qui iniuriarum. si quis cautio. num. 6. Ias. num 35.* Quinimo nouam postea obligationem iurisdictionis Mehrburgensium prorogatiuam subsecutam esse, secunda illa pars in d. Vhrkundt. *versic* vnd darneben/ꝛc. ostendere videtur. Nam dictio † illa darneben/ quę idem significat, quod dictio, *præterea*, in hoc casu nostro est alterius, & quidem nouæ obligationis [illegible]: & in hunc modum d. Vhrkundt dicere intendit. Præterea vel non attento, quod Perlenstein / ius suum ciuitatis resignauit, eoque dimissus est, vt iam superiorem nullum, nisi solum Imperatorem, tanquam Baro Imperii agnouerit: ideoque nec alibi, quam coram Imperatore, vel Camera, vel Außträg conueniri potuerit. Ad instantiam tamen & petitionem Mehrburgensium iurisdictionem eorundem, ratione contractuum & aliorum, tempore suæ ciuitatis ibidem gestorum prorogare voluerit promittendo. daß er derhalben zu Mehrburg Recht geben / vnd nemmen wöllen / quod facere potuit. Nam † valet pactum, vt quis conueniatur coram iudice, alias non suo, & cui nullo iure subiectus est, *l. 1. & 2. de iudic.* eoque eo magis, quum factum † est iudici præsenti & acceptanti, vt hic; quia iam amplius non est locus pœnitentiæ, *prout tenent Castr. & Angel. in l. si conuenerit. ff. de iurisdict. Abbas in c. significasti. num. 3. de foro compet.* nec ipse tantum paciscens eius promittens, sed & heredes eius ex eadem obligatione teneri videntur, cum filius † consumptione patris sui, cuius hereditati se immiscuit, eidem astrictus sit, & pater cum filio eadem persona reputentur, *l. ea quæ a patre C. de testam. milit. l. fin. C. de impub. & aliis subst. & Authent. de restitut. a moriente præstito in princ.* Quod procedit, etiamsi de heredibus expresse nihil sit dictum: quia nihilominus in contractum heres † subintelligitur *l. si pactum. vbi Doctores de prebat. l. veteris & l. fin. C. de contrah. & committ. stipul.* Et Bald. *cons. 112. num. 1. volum. 2.* dicit, generalem naturam pactorum esse, quod † transeant ad heredes, etiamsi heredis nulla fiat mentio. *Idem & Ias. asserit in l. stipulationum. la 2. § si in facto. num. 2. de verbor. signific.* vbi dicit, quod iuris † est de aliquo, idem & de eius herede, licet de herede non sit facta mentio, *per l. postulante. in princ. & ibi Alex ff. ad Senatusc. Trebell. Idem vult Ias. in l. stipulatio ista. num. 9. de verb. oblig. & Alex. in l. quamuis. num. 3. ad Trebell.* Non enim ex persona heredis conditio † obligationis immu-

MM

tatur, *per text. in l. stipulationum. la 1. § ex his. vbi etiam gl. de verbor. obligat. Bald. in l. si plures. num. 17. C. de condit. insert.* Et tenetur heres † forum defuncti sequi, *l. heres absens. in princ. de iudic. vbi Bart. Bald. Alberic. & omnes.* Quod eo magis in casu nostro obtinere videtur, cum heredes non ex persona sua conueniantur, sed eo, pro quo defunctus eorum parens poterat conueniri, & sic ex iure creato & formato in ipsius persona, quo † casu heres eandem repraesentat, *vt dicit Franc. Aret. consil. 123. num. 4. versic. nec obstat. per l. cum a matre. C. de rei vindic. & l. 1. & 2. C. de hered. act. tenet Iacob. de S. Georgio in d. l. heres absens. de iudic. num. 1.* Facit insuper, quod ista promissio Perlensteinii non simpliciter, sed sub † fide in vicem iuramenti data (quae corporali iuramento comparatur, *Felin. in c. 2. num. 15. de sponsal.*) facta est. Vnde ex hoc quoque ipso mutari amplius voluntas promittentis non potest, *per text. in c. fin. extr. ne prelati vices. &c. Felin. in c. 1. num. 1. de iud. tenent Angel. Alexand. Castr. & Ias. in d. l. si conuenerit.* Et hanc communem esse fatetur Decius *in d. c. 1. nu. 23. de iud.* Est enim † iuramentum eius efficaciae, quod faciat actum valere omni meliori modo & forma, *per text. in l. cum pater. § filius. (quam omnes Doctores ad hoc allegant) de legat. 2.* Et adeo procedit, vt fieri amplius nihil possit, quam seruari iuramentum, *per gl. in l. si pecuniam. verb. necesse habeas. ff. de condict. causs. data, &c. & Ias. in l. eodem. num. 23.* dicit hanc communem, *vt ibi per eum.* Quod † idem quoque ad heredes extenditur, & eos obligat. Nam licet iuramentum; † quod alias quidem per se personale est, quo ad reatum scilicet periurii, *iuxta Doctores in c. veritatis. de iureiur.* tamen quantum ad robur & validitatem actus, cui accedit, habet effectū realem, & quo ad sui obseruantiam transit ad heredem, *vt tradit Bald. in l. fin. num. 16. C. de pact. Bart. in l. cum quis decedens. § codicillis num. 10. de legat. 3. Abb. in d. c. veritatis. num. 3. de iureiur. Canonist. in c. quamuis. de pact. Socin. consil. 38. num. 2. vol. 3. Dec. consil. 639 nu. 6.* Et quod heres † teneatur id facere, quod iurauit defunctus, determinat Afflict. *decis. 381.* Nec aduersatur praedictis, quod ab actrice allegatum est, hanc promissionem vna cum iuramento à Perlenstein defuncto, metu praecedentis capturae, & ne denuo carceribus manciparetur, factam & extortam esse. Nam caussa illius assertae capturae tempore huius promissionis seu pacti, (propterea quod res omnes cum creditoribus compositae erant) sublata iam fuerat, vti patet ex ipso Mehrburgensium Vhrfundt / neque alius iustus metus superueniens, qui in constantem virum cadere possit, probatus, nedum allegatus est. Vnde cum † paria sint, nullam ab initio fuisse caussam, vel fuisse aliquam, sed eam finitam, *per l. 1. ff. de condict. sine causs. & l. nihil interest. de nautico foenor. Afflict. in constit. Regni, scilicet, sub Rubr. de extraord. praeparat. iudiciorum num. 3. lib. 1.* Et metus quoque † durare debeat, vt effectus producere possit, *l. metum. quod met. causs. Clem. pastoralis. § notorium. de sent. & re iudic. Dec. consil. 219. num. 3. & 4. Socin. consil. 104. num. 7. volum. 3.* Neque iusta caussa timoris † dicatur ex eo, quod quis carceratus fuit antea, nisi probet, quod iniuste factum, & quod hoc saepius fieri soleat, *Bartol. in l. de pupillo § si quis ipsi pretori. num. 15. Zas. num. 9. de noui operis nunciatio.* Nihil certe metus hoc casu nostro actrici suffragabitur, imo etsi metus aliquis tempore promissionis vere subsuisset, idem tamen obtineret, cum de metu illato † nunquam fuerit protestatum, quod tamen fieri debebat, *l. 2. C. de his qui propter met. iudic. non appell. c. fin. de appellat. Alexand. consil. 146 num. 31 lib. 5.* Maxime cum extra ciuitatem Mehiburgensem, & sic in loco tuto domicilium suum habuerit, vbi protestari facile potuisset. Quo casu Baldus *in d. consil. Schismatis. mihi in § sed quia. num. 3.* protestationem omnino necessariam esse dicit. Nam qui † non protestatur, cum facile posset, potius volens, quam nolens praesumitur, *sequitur Alexand. consil. 146. num. 31.* Multo minus inimicitiae illae magistratus Mehrburgensis, & quae de iudice suspecto allegata sunt, dictae actrici opitulantur, cum nec vlla quidem violentia, vel alia quaeuis caussa deducta, probatave sit, quae suspectum iudicem reddere, & non iure magistratus facta dici queat. Ex quibus intentio actricis elisa, & praetoris Mehrburgensis iurisdictio fundata videtur.

Sed responderi potest, stipulationem illam ratione prorogatae iurisdictionis Mehrburgensi magistratui factam, in persona defuncti Perlensteinii tantum (quatenus ex adducto Vhrfundt videre licet) conceptam esse, & neminem praeter solum Ioannem Casparum comprehendere. Vnde personalissima est illa obligatio, nec personam † promittentis egreditur, *iuxta tradita Bald. in consil. 304 num. 1. lib. 5.* vbi dicit, prohibitionem † factam ipsi heredi, de non alienando, tanquam personalem non comprehendere filios heredum, quod dictum sequitur Ias. *in l. filiusfamilias. § diui. ff. de legat. 1. in 2. lect. num. 151. & refert Ripa ibidem num. 111.* Nam neque

115 † neque alias pactum simpliciter factum, extenditur vltra personas, quibus cum huiusmodi pactum gestum est, quia illarum personarum contemplatione tantum gestum intelligitur. *per l. si vnus. § ante omnia. de pact. Bald in l. si actionem. C. eodem tit.* Et sic quoque in hoc nostro pacto simplici & in solam personam Ioannis Caspari Perlensteinii verba restringenda esse, nec extendi posse ad alias in eodem non comprehensas puto.

His non obstat, quod superius dictum, 116 generalem naturam pactorum esse, vt † ad heredes transeat, etiam nulla eorum mentione facta. Item heredes ex eo hic conueniri, quod defunctus eorum parens praestare tenebatur, cum eadem persona censeantur, nec obligationis conditio ex eorum personis immutetur, iuribus allegatis. Nam respondetur, ea iura procedere & loqui in casibus, vbi de sui natura pacta ad heredes transitoria sunt, & vbi verborum forma, res, seu iura in stipulationem deducta, transire patitur: secus si forma verborum, seu natura contractus hoc non patiantur, (prout in casu nostro etiam partim dictum, & partim infra latius declarabitur.) Sic Baldus limitat *in d. consil. 112. num. 1. volum. 2. allegans l. eum qui. la 2. de verbor. obligat. l. actione. § morte. ff. pro socio.* Et ita vigore eorundem iurium heredes nostri ratione alimentorum à defuncto Ioanne Casparo debitorum conueni- 117 ri possunt, cum † adeundo hereditatem, quasi contraxisse cum omnibus creditoribus hereditariis videantur, *l. apud Iulianum § fin. in fin. & ibi gloss. Bart. & Angel. ff. quibus ex caussis in possess. eat. & § heres. Instit. de obligat. ex quasi contract. Castr. consil. 67. versic nec obstat. Socin. consil. 58. num. 1. volum. 3.* Sed ex eo non sequitur, quod in foro etiam defuncti ita indistincte conueniri possint, quin potius est textus apertissimus, *in dicta l. heres absens. de iudic.* cum communi approbatione omnium Doctorum, quod lite cum defuncto nondum 118 cepta, heres † tum demum eius forum sortiatur, si in eo loco reperiatur, non alias, *ita tenent Castr. & Angel in d. l. heres. de iudic. refert Curt. iun. & sequitur Iacob. de S. Georg. in eadem l.*

Cum igitur ex actis constet, litem cum defuncto Perlenstein / ratione alimentorum non fuisse incoatam, neque heredes in loco, vbi pater eorum nomine alimentorum obligatus, vel quasi dicitur, repertos, sed in territorio respectu iudicis Mehrburgensis alieno, & imperio immediate subiecto, vbi tam domicilium, quam bona paterna, ex quibus alimenta petita praestanda, forent, habent, ac possident; ideo non in loco asserti contractus vel quasi, sed coram istius territorii iudice, vbi heredes domicilium & bona paterna habent, Imperatore nimirum vel Camera, conueniendi fuissent, *dicta l. heres absens. & gloss. in l. si is qui Romae. verbo debet. & vtrobiq; Doctores, de iudic. &c.* Atque cum haec, quo ad heredes defuncti ita sint, de intentione iuris praesumuntur etiam fuisse de † mente contrahentium, 138 *Bart. in l. heredes mei. § cum ita. num. 4. ff. ad Trebellian. Alciat. de praesumtion. reg. 3. praesumt. 32. in princ.* Nam qui actum facit, † censetur se adstringere legibus, de 139 illo actu loquentibus, *l. si duo. vbi Castr. in v. t. notabil. ff. de acquir. heredit. Alexand. consil. 103. num. 8. lib. 2. & tradit Ias. in l. 1. § in operis. num. 1. versic. ego respondeo. ff. de noui oper. nuntiat.* vbi citat Bald. dicentem, quod actus, † qui fit ab aliquo, secundũ ea, 140 quae ius disponit, praesumitur factus. Communem dicit Dec. *consil. 138. num. 5.* Ita ergo in proposito casu nostro idem praesupponendum, & praesumendum, maxime cum heredum nulla in eo pacto facta fuerit specifica facta mentio. *l. si ita stipuler. vbi Castr. Zas. & plerig; Doctores, de verbor. obligat.* Et quia ex obligatione à statuto prouueniente hic agitur, quae obligatio per se stricti iuris est: ideo id quoque efficit, vt statutum, cuius vigore haec obligatio orta est, stricti iuris esse dicatur: ita † quod 141 aequitas etiam officii iudicis addere ei nihil possit, *per l. in hac. ff. de tritticar. action. Bald. in rubr. extr. de constitut. num. 29. Ias. in l. Julianus. § qui fundum. num. 3. de verbor. obligat.*

Nec obstat, quod dici posset, statutum nostrum fauore ciuium (ne cum dispendio rei familiaris extra tribunal sequi teneantur) conditum fuisse, ideo, vt effectus producere posset, non ad emigrantes tantum, sed ad heredes eorum intelligendum esse; licet nulla eorum in statuto mentione facta, cum mens statuentium ea quoque dubio procul fuerit, *per gloss. singul. in l. tale pactum. § fin. in gl. fin. ad fin. & ibi Ias. nu. 16. de pact. vbi plures.* Nam, vt de potestate statuentium (quae ab omnibus Doctoribus, *l. cunctos populos. C. de summa trinit. & fid. Cathol. & l. omnes populi. de iustit. & iur.*) plura dicere praeteream: hoc saltem obiter significandum putaui, quod licet statuto fieri † possit, vt reus forum a- 142 ctoris sequatur, id tamen inter subditos statuentium tantum obtinere, *Bart. in l. 2. num. 2. C. de iurisdict.* Alias vero non potest ciuitas † statutum facere, de his, quae 143 suae iurisdictionis non sunt, *& Bart. in d. l. 2.*

num.2. Anchar. consil.163. num.5. Sed inualidum dici statutum ex defectu potestatis, quando † loquitur in persona, quæ non est subdita, *idem Bart. notat in l. cunctos populos. num.26. & 42. C. de summa Trinit. Cyn. in l.1. num.11. C. quæ sit long. consuet.* Imo nec ipse ciuis emigrans, quamuis iureiurando promissam iurisdictionis prorogaturum, si affirmauerit, inuito iudice seu superiore eius territorii, vbi domicilium suum constituit, à priore iudice citati, vel ad citationem eiusdem emanatam comparere potest, nec aliud iudici priori superest remedium, quam vt contra promittentem agat, & periurium, prout Zasius asseuerat, *in l. extra territorium. in fin. num. 15. de iurisdictio.* vbi plane in terminis nostri statuti loquitur. Et idem quoque Friburgi cum ciuibus emigrantibus obseruari ait. Hinc est, quod statuentes nostri non tam, quod è re ciuium suorum sit (sicuti superius dictum) quam id quoque perpendisse videntur, & tramites suæ potestatis in condenda lege seu statuto excederent. Et cum animaduerterent, vix eis licere, ciues suos emigrantes ex alieno territorio ad tribunal suum renitentibus superioribus reuocare, multo certe minus conuenire, de aliis remotioribus personis, qui vel ipsi in ciuitate sua non contraxerunt, eorumve iurisdictioni, vel ratione personarum, vel bonorum subiecti non sunt, aliquid statuere velle, cum id ipsum quoque de iure eis non sit permissum, *d. l. fin. C. de iurisdict.* Ideo caute agentes, ipsius tantum contrahentis ciuis personam statuto suo ligari voluerunt, iuxta literam d. Uhrkundt / cuius verba cum per se † clara sint, alia interpretatione non indigent, *l. non aliter. de legat. 3. & l. ille aut ille. §. cum in verbis. eod. tit.* vbi dicitur, quod si in verbis nulla sit ambiguitas, non debere admitti quæstionem voluntatis. Sunt enim verba † notæ passionum, quæ in animo habentur, *l. Labeo. de supell. legat.* & vltra ea, non est dispositio legis trahenda, *l. quod constitutum. ibi, quantum ad verba eius. ff. de testam. milit.* vbi Bart. *in princ.* dicit, hanc legem solere allegari in materia statutorum. Quod scillicet à verbis eorundem non recedatur, quod eo magis in casu nostro procedit, quia correctio iuris per illam interpretationem induceretur, quod disponit heredem in loco domicilii, vel vbi maior pars hereditatis sita est, conueniri debere, *iuribus superius allegatis.* Quo fit, vt tale statutum, † tanquam exorbitans, ne quidem ex identitate rationis extensionem patiatur, *l. quod vero contra. de legib. l. si vero. §. de viro. soluto matrimon. l. 2. C. de noxal. actio. c. cum dilectus. de consuet. Et in reg. quæ à iure. de reg. iur. in 6.* Et si quando reperiatur, quod statuta † ex identitate rationis extendantur ad caussam similem, illud est ex eo, quod de iure communi non reperitur contrarium dispositum in illo simili, ad quod volumus facere extensionem: secus si de iure communi reperiatur expresse contrarium dispositum, *Bart. expresse post gloss. in authent. quas actiones. num.9. C. de sacros. Eccles.* Et quamuis Bart. in allegato loco videatur loqui de extensione legis, tamen etiam in statuto idem notat, *in l. omnes populi. num.60. de iustit. & iur.* Fundatur hæc opinio ex ratione, quam refert gloss. singulariter *in c. capientes. §. quod si per viginti. quam omnes sequuntur, de elect. in 6.* vbi dicit, illud, quod venit † ex ratione interpretata simili vel maiori, venire ex tacito intellectu, & tacitum † semper cessat, vbi est locus expressus, *l. continuus. §. cum ita. de verbor. obligat. l. precibus. C. de impub. & aliis substitut.*

Cum ergo casus noster in iure ciuili scriptus sit expresse dispositus, contra hanc expressam † dispositionem nulla est admittenda interpretatio ex tacito intellectu, sicuti nec alias quoque in † statuto iuris correctiuo extensio personæ ad personam conceditur, *Bart. in d. l. si vero. §. de viro. num.2. solut. matrim. Plenius in l. si constante. num.25. & aliquot seqq. eod. tit. vbi Doctores.* Atque ex his puto constare, etiamsi maxime caussa finalis statuti Mehrburgensis esset, qua ciuibus modo supradicto consuleretur, tamen ex ea de persona in statuto comprehensa ad aliam, quæ non est comprehensa, argui non posse, sed ipsis potius verbis statuti, quæ de solo migrante ciue, nulla heredis mentione facta loquuntur, inhærendum, nec aliter interpretari debere, quam ipsum statutum loquatur, tradit Bald. *in c. significante. vers. quod si statutum. de appellat.* Quod vero de herede, vbi is ex contractibus & gestis defuncti patris conueniendus sit, controuertitur iuris communis dispositioni, sicut alia quæcunque aliis † dispositionibus non prouisa vel munita relinquendum, *per l. commodissime. de liber. & posthum. c. susceptum. de rescript. in 6. & l. si dotem. solut. matrim. Bald. consil.95. in fin. lib.5.* Si enim (vt cum Bald. *in c. vlt. num.2. versic. in contrarium. extra de eo qui mitt. in possess.* loquar) statutum aliud voluisset, aliud quoque scripsisset: neque potest quidem ex sententia in præsenti caussa lata, obseruantia consuetudinis seu statuti Mehrburgensis, quod ad heredes extendatur inferri, sed requireretur sententia de præterito, & cui

non

non fuisset contradictum, *Canonist. communiter in c. cum tanto. de consuet. extra. vbi Butrius num. 26. & 27.* Accedit, quod hic agitur de extensione, quæ contra naturam eius, quod est in obligationem, deductum, esse videtur. Priuilegium namque Perlensteiniorum, Anno 74. Cameræ insinuatum, quo iurisdictione quorumcunque iudicum, solo Imperatore & Camera exceptis, exemti sunt, eius naturæ est, vt omnibus ex illa prosapia descendentibus prodesse debeat. Et id quidem actricis nostræ filii, non à defuncto patre suo Ioanne Caspato, sed à primo acquirente, Ioanne illorum auo, vel potius ex beneficio primi concedentis acquisiuerunt. Vnde argumento à simili sumto, quemadmodum in feudo antiquo, quod ipsum etiam ex beneficio & prouidentia concedentis teneri dicitur, transactiones † paternæ super eodem factæ, filiis non præiudicant, sed contrauenire filii possunt, *iuxta not. per Frid. in c. 1. de alien. feud. patern. Bald. c. 1. § hoc quoq;. versic. conuenire. de success. feudi. Idem in consil. 137 in addit. volum. 2. Aret. consil. 4. num. 12. versic. præterea.* Ita etiam ratione huius priuilegii pater in præiudicium filiorum stipulari non potuit, etiamsi hoc maxime voluisset.

153

Cum ergo ex his constet, heredes Perlensteinii in pacto iurisdictionis prorogatiuo non comprehensos, neque per se teneri, vt forum defuncti sequantur, nec tandem statutum de eis loqui, vel ad eos extendi posse, parum certe admodum iuramentum pacto prædicto adpositum operabitur, cum † iuramenti natura sit ligare ipsum iurantem, non vero ampliare actum iuratum, *per not. Bald. in l. si plures. num. 31. C. de condit. insert.* Et ita iudicatum esse affirmat Afflict. *decis. 78. num. 3.* vbi quidem in simplici tantum renuntiatione loquitur, Doctores autem per eum allegati loquuntur in iurata. Ita quoque decisum refert Guido Pap. *decis. 427.* & consulendo sequitur Bartol. *consil. 55. num. 15. volum. 2.* vbi subdit, quod iuramentum † non suppleat vim clausulæ specialis, *late Grammat. decis. 101. num. 89.* Intelligitur enim iuramentum secundum naturam † illius actus, cui adiicitur, eundem firmare & roborare, *l. fin. C. de non numerat. pecun.* Quod ita seruari & communiter practicari refert Benedict. Capra *reg. 87. num. 231.* & recipit omnes † limitationes, conditiones, & subauditiones, quas recipit ac habet ille contractus seu actus, super quo iuratur, *Abb. in c. quemadmodum. § alludentem. num. 5. de iureiur. Corneus consil. 116. num. 11. volum. 1. & consil. 246. num. 10. volum. 3.* Imo quod iuramentum † à defuncto præstitum, non obligat heredem ad forum ipsius, *late Francus in c. cum. e. laycus. nu. 4. de for. comp. in 6.* Et quod in materia stricta & propria (prout in casu nostro) pater † & filii diuersæ personæ reputentur, tractat eleganter Gomesius *in § actionum. num. 5. & 6. Instit. de actio.* Tandem quod Afflict. dicit, heredem teneri stare iuramento defuncti, præcipue locum habet, quando in obligatione † seu iuramento heredum facta mentio est aliqua, prout ipse Afflict. *supradicta decis.* addit, ea, quæ de iuramento defuncti dicta sint, obtinere, si iurans adiecerit verba, *pro se & heredibus.* Quod secus est in casu & obligatione nostra; imo nulla heredum facta mentio, imo etiam si expressa eorum mentio facta esset, tamen cum non versemur in casu hereditatis seu iuris, ex voluntate defuncti filiis & heredibus relicti, sed in eo, quod ex necessitate ad filios & heredes deuolutum est, *vt s. ostensum*, nihil obstaret, quo minus iidem filii & heredes facto, & stipulationi patris etiam iurato contrauenire, & suo priuilegio exemtionis vti possent, *faciunt tradita Alb. in rubr. C. si in fraud. patr. liber. num. 3.*

154

155

156

157

158

159

160

Quid pronuntiandum?

CVm prætori seu iudici Mehrburgensi tam ex communi fama, quam defuncti Ioannis Caspari viduæ literis ad eum datis, in modum exceptionis transmissis, & actis nostris insertis, non ignotum fuerit, dictam viduam cum filiis, non in territorio Mehrburgensium, sed in proprio, vbi præter solum Imperatorem alium superiorem non agnoscunt, & cum aliis Imperii Comitibus & Baronibus pari priuilegio ac libertate vtuntur, domicilium suum ac bona quoque paterna habere, neque illos quoque in obligatione mariti & patris defuncti comprehensos, nec statutum Mehrburgense iuxta supradictum Vhrfundt vllam heredum mentionem facere; ita vt ipso iure ab eorū iurisdictione exemti sint, quo casu certus erat, se omni penitus iurisdictione, tam ratione personarum, quam bonorum eorundem carere, ideo citare illos (maxime ad domum) cum etiam proprios subditos † non possit in alio territorio, nisi per iuris subsidiales citare, *Jas. in l. fin. num. 24. de iurisdict. Aret. consil. 135. mihi volum. 4.* vbi dicit communem. Quod idem etiam asserit Mar. *rubr. de citat. num. 40.* Et ita etiam in praxi obseruari, nec ab ea recedendum ait Iul. Clar. *lib. 5. sent. quæst. 31. versic. posset vero, non debebat iuxta gloss. in c. veniens. de accusat. Bald. in l. ea quidem.*

161

num. 1. C. si mancip. ita faer. alien &c. Nec peccarunt citati non comparendo, *per gl. in c. super literis. § de rescript. verb. Abb. in c. 2. num. 16 de dilat. not. Cyn. & Bald. in l. generaliter. a princ. C. de Episc. & cler. Franc. Mar. quaest 401. num. 2. part. 1.* Multo minus in caussa principali procedere potuit vel debuit, *c. si duobus. de appellat. vbi gl. & postea Doctores communiter, Bald. in c. caussam quae. num. 1. de rescript. Abbas in c. cum ordinem. n 6. eod. tit. facit gl. fin in l. si accusatoribus. C de his qui accus. non poss. quem sequitur Marsil. in Pract. crim. § quoniam. num. 30. vbi citat Bald. in auth si omnes. num. 8. C. vt se ab hered abst. &c.* dicentem, quod 161 vbi est † vitium in citatione, nunquam valet processus in praeiudicium absentis, *sequitur Roland. a Vall. consil. 68. num. 14. & seq. vol. 2.* Et id quidem eo magis hic obtinet, quia iudex Mehrburgensis super exceptione non competentiae opposita, non pronuntiauit, quod tamen in hoc casu nostro requirebatur. Neque enim per processum, ad vlteriora intelligitur iudex iurisdictionis carens, se tacite pronuntiasse competentem, nisi de exceptione fuisset plane cognitum & discussum, *iuxta Bart. in l. a procedente. num. 13. C. de dilat.* quod Castr. *in l. nam & postea. §. si damnetur. ff. de iureiur.* ita declarat: quod videatur satis esse de exceptione cognitum, quando fuit de ea inter partes disputatum: quia scilicet exceptum, & deinde quoque replicatum. Et isto quidem casu per processum ad vlteriora videri exceptionem reiectam, in hanc sententiam inclinat Angel. Perus. *cons. 200. vers. super eo autem quaeritur.* Sed in casu nostro, & ex actis primae instantiae apparet, exceptionem incompetentiae non semel, sed duabus quidem vicibus ad citationes praetoris Mehrburgensis emanatas oppositam & transmissam, ex ordinatione quoque copiam earum petitam & obtentam, sed in contrarium ne iota quidem replicatum esse, ad acta me referendo; ita vt ex auctoritatibus etiam iam allegatorum dici non possit, iudicem Mehrburgensem per processum ad vlteriora super competentia tacite pronuntiare, & exceptiones reiicere voluisse, cum ex officio in hoc praesenti casu, se propter notorium defectum iurisdictionis ei non licuerit, nisi videatur seu dicatur defensionem partis aduersae, stantis pro iurisdictione, assumsisse in hoc puncto, &c. Quod simili nullitati subiaceret Abb. *in c. super literis. num. 10. de rescript.* vbi plene, &c.

Imo, quod neque tacita pronuntiatio in hoc casu nostro sufficiat, sed expressa necessaria sit, tenet Innoc. *in c. praeterea. num. 1. versic. nec obstat. de dilat. Anton. de Butr. in c. super literis num. 37. de rescript. Felin. in c. sub orta. num. 6. limitat. 4 de re iudic. Abb. in c. cum ordinem num. 6. de rescript. Bart. in l. praescriptione. num. 6. in fin. C. si contra ius vel vtilit. public. num. 6. in fin.* Et sequitur consulendo Reynutius *consil. 114 num. 19. & 20.* Iudicem † super exceptione non 163 tangente negotium principale, in libello deductum, sed simpliciter incompetentiam iudicis negente (prout est in casu nostro) omnino & quidem expresse pronuntiare debere, allegans auctoritates Bartol. Butr. & Bald. *in d. l. praescriptione. & Cardinal. in c. Roman. §. contrahentes. de foro compet. & d. c. super literis. de rescript.*

Ex quibus communem hanc esse opinionem concludit.

Ac licet in summo hoc consistorio † 164 nullitates (dummodo de meritis caussae principalis ex actis constet) attendi non soleant, neque debeant, *iuxta ordin. tit. 34. §. 1. part. 3.* Et in actis quidem coram iudice Mehrburgensi ventilatis, & hic in Camera reproductis, caussam principalem ita deductam reperiam, vt definitiue pronuntiari posse existimem, tamen † ordinatio 165 intelligitur tantum de nullitatibus ex processu, qui iuris positiui est, descendentibus. *Gail. obseruat. 42. num. 1. & obser. 78. num 6. & 7. & obser. 84 num. 4. num. 1.*

Sed hic constat nobis nullitas iurisdictionis, † quam omnino attendi debere, 166 *idem Gail. monet in d. obser. 4. num. 8.* Quae † nullitas ab omnibus etiam Doctoribus omnium maxima reputatur: quia iurisdictio 167 est fundamentum fundamentorum iudicii, & ideo nullitas † ex defectu eiusdem 168 resultans, potest quandocunque opponi, etiam post tres & quatuor conformes sententias, & executionem earum impedit, *per Bart. in l. 1. §. & parui. num. 7. & ibi Alex. in addit. verb. legitime circa fin. ff. quod vi aut clam. refert Angel. Perus. consil. 248. versic. tandem superfluis resecatis. allegans notabilem gloss. in clement. 1. de sequest. possess. & fruct.*

Quippe cum nullam vnquam ad eius caussae cognitionem, iurisdictionem habuerit iudex, prout in casu nostro. Et ita definit Angel. *in §. appellatur num. 12. Instit. de except. Rypa in l. 4. § condemnatum. num. 25. de re iudic. Alex. consil. 77. num. 8. & seq. volum. 2.* Neque talis infirmitas † sanari, 169 vel etiam à proprio seu ordinario iudice suppleri, imò nec sententia rata haberi potest, cum nulla sit, non tantum ex defectu consensus, sed etiam propter defectum solemnitatis, quae non potuerunt coram alieno iudice interuenire, *Felin. c. nonnulli §.*

sunt

sunt & alii.num.49.de rescript. Et hanc esse communem attestatur Abbas *in c. significasti. de foro compet.* Et eo amplius non confirmari talis sententia potest, cum iuxta Innoc. *in c.1. de confirm. vtil. vel inutil. num.3. versic. item plus dicimus.* is, qui sententiam confirmari † petit, probare debeat, quod iudex, qui sententiam confirmandam protulit, erat competens. Quod in hoc casu nostro factum non est, nec fieri potuit. Refert & sequitur hanc Innoc. sententiam. Guido Pap. *quæst. 294. num.1.* vbi ait, se ita vidisse terminari in Camera consilii, &c.

170

171 Quod enim dicitur, iudicem † appellationis posse confirmare seu reformare primam sententiam nullam, procedit, quando nullitas, quæ erat in prima instantia, cessaret in secunda, vt quia allegata, non tamen probata, vel dubie probata esset. Secus vbi non cessat, sed adhuc durat, quia scilicet probata est vt in casu nostro. Nam alias secunda sententia eodem vitio laboraret cum prima, *Bart. in l. cum quærebatur. num. 2. de re iudic. Imol. in l. si expressim. num 6. de appellat. Abb. c. cum dilectis. num.4. & ibi Canonist. fere omnes, Imol. in c. dilecto. num. 96. de appellat.* Vnde † & omnia acta & actitata corruunt, & nouo penitus processu ac nouis actis opus est, vt iterum ex integro de caussa cognosci possit, *Bart. in d. l. cum quærebatur. num.1. de re iudic. & Imol. in d. l. si expressim. num 7. de appellat.* vbi dicit communem, ita vt nec acta litis decisoria saluari, & super iis in sequenti processu ordinario pronuntiari possit. Quia nullitas nostra sæpius allegata, non partem actorum, sed totum processum respicit, eo quod à iudice iurisdictione carente, & sic omnino nulliter processum est.

172

173 Ideo nec † testes rite recepti, nec eorum dispositiones valere possunt, in alio quocunque iudicio, sed pro non scriptis debent haberi, *c. cum caussam. in gloss. fin. in fin. de testib. & Clem. test. gloss. in verb. rite. eodem tit. in clem. & ita Bald. consil. 286. num.1. volum. 5. faciunt notata Felin. in d. c. caussam quæ. num. 20. de probat.* vbi amplius di-

174 cit, quod attestationes, † licet alias inualidæ, possint consensu partium validari, tamen secus esse in his, quæ receptæ sunt à iurisdictione carente. Ad quod allegat Rotam & plura iura ibidem, *refert & sequitur Hyppolitus de Marsil. singul. 10. numer. 5.*

Nec obstat prædictis, quod nullitas deuoluat caussam principalem, ita vt iudex super meritis cognoscere, & sententiam priorem confirmare, vel reformare possit,

175 quia id † non procedit, vbi obstat nullitas iurisdictionis, *Vant. de nullit. ex defect. processus. num.7. Gail. obseruat. 127. num.3. lib.1. Mynsing. obseruat. 63. cent.4.* neque puto nos hic versari in terminis, quibus Alexand. consuluit, *lib.5. consil. 111. & consil. 67. lib.6.* Videtur enim loqui Alexand. in priori consil. de sententia ab incompetente quidem iudice lata, per iudicem tamen appellationis, coram quo nullitas principaliter deducta fuit, expresse confirmata, quæ in rem iudicatam transierit. In nostro autem casu sententia primi iudicis incompetentis, propter non interpositam in rem iudicatam (vt ita dicam) transiit, &c. Vnde ad exsecutionem eius à parte victrice hic in Camera actum, & ex edicto nullitas iurisdictionis per viam exceptionis tantum deducta, qua non attenta pro exsecutione sententiæ, in priori instantia latæ, fauore alimentorum (vti videtur) pronuntiatum est, cui sententiæ, quamuis viduam defuncti Perlensteinii, nunc actricem acquieuisse quis dicat, neque rationem habere velit restitutionis in integrum, per eandem petitæ, tamen quia illud iudicium, quo sententiæ exsecutio petebatur, summarium fuit, *l. a diuo Pio. §. 6 super rebus. de re iudic.*

Non video, quid obstiterit vel obstet, quo minus nullitas eodem quasi tempore ab actrice vidua Perlensteinii in plenario iudicio separatim, & quidem principaliter intentata prosequi potuerit, & iudex quoque desuper pronuntiare adhuc possit, nisi forte contra *l. penult. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur. & c. venient. de testib.* contra etiam Doctorum ibidem scribentium opinionem quis præsupponere velit, sententiam in summario iudicio latam parere præiudicium plenario. Sic neque Alexand. *consil. 67. supra allegatum*, contra nostrum casum militare puto, cum Alexand. ibi de recusationis terminis suspecti iudicis loquatur, & tantum propemodum circa finem concludat, quod iudex appellationis vel nullitatis non possit eam sententiam confirmare, nisi ex actis, ante recusationem factis, postquam præcesserant acta substantialia iudicii, & in prima sententia non fuerit aliquis error expressus, qui dictam sententiam redderet ipso iure nullam, sed in casu nostro secus esse superius iam ostensum, ideo non insisto, &c.

Tandem non obstat, quod caussa principalis (scilicet alimentorum) hic quoque disputata est, quia in euentum tantum, & incidenter eam actrix, & quidem semper cum protestatione exposuit, principaliter autem nullitatem deduxerit,

& super ea pronuntiare petiit, imo amplius neque caussa principalis ex deductis, in hac instantia satis instructa esse potest, nisi actis prioribus iunctis, quæ nulla sunt ex defectu iurisdictionis, nec ex iis Iudex instrui potest, *per iura s. allegata*. Ergo in caussa principali ad definitiuam procedi non potest, *Paris. consil.* 106. *nu.* 15. *lib.* 4.

Ex quibus concludo omnino, & quidem super nullitate tantum pronunciandum, videlicet nulliter à iudice priori processum & iudicatum sit, reseruato partibus iure agendi super principali in Cam. *iuxta not. Bald. in l.* 2. *num.* 18. *C. de rescind. vendit. Alex. in l. iudex. num.* 23. *de re iudic. Marcus quæst.* 547. *num.* 31. *part.* 1. vbi tenent superiorem aditum principaliter super nullitate, licet pro qualitate istius nullitatis sententiam primam confirmare seu reformare non possit, reseruare tamen posse partibus ius agendi apte in caussa principali coram se ipso.

Expensas vero Cameræ compensandas puto, cum non partis reæ, sed iudicis culpa (qui in caussa mandati exsecutorialis, exceptionibus nullitatis, iurisdictionis non obstantibus, sententiam priorē exsequendam demandauit) hic processus quoque continuatus fuerit; ex ea enim sententia ius iam quæsitum se habere, pars rea nullatenus dubitauit, prout ex actis hinc inde videre est.

In caussa mandati exsecutorialis.
Votum IV.

CVm sententia nulla nullam mereatur exsecutionem, maxime quando adest defectus iurisdictionis, & talis nullitas per viam exceptionis proposita (prout in casu nostro) licet altiorem indaginem requirat., exsecutionem tantum sententiæ suspendit, *Alex. l.* 4. §. *condemnatum. num.* 22. *Iaf. num.* 19. *de re iudic.* Iudici Cameræ omnino attendenda erat, quod prætermissum cum iam demum in plenario iudicio suppleatur, id efficit, vt sententia etiam pro exsecutione prioris nulliter late eulgata, necessario reuocanda veniat: annullato enim principali annullatur & accessorium, & omne id, quod ex eo sequutum est, *Butr. Abb. & Can in c. auditis de procurat.*

Concludo itaque mandatum exsecutoriale, cum omnibus subsequutis cassandum esse, nullæ restitutionis in sententia mentione facta, cum cassatio subsequutorum in effectu idem comprehendat, quod restitutionis vocabulum. De expensis idem, quod in caussa nullitatis sentio, ne ex eo, quod à iudicis culpa factum est, proximi innocentia oneretur.

Votum V.

COncludit cum vtroque Referente in caussa nullitatis, & mandati exsecutorialis, caussam vult hic retinere cum his verbis, Daß sie solches an diesem Käyserlichen Cammergericht thun mögen / compensatis expensis in vtraque caussa, restitutionis verbum vult omittere.

Votum VI.

Consentit cum quinto.

Votum VII.

VVlt pronuntiare nulliter processum & sententiatum in caussa nullitatis, mandatum exsecutoriale cassandum, expensas compensandas, quia nulla culpa partis, restitutionis verbum omittit. Caussam quoque vult hic retinere.

Votum VIII.

SImiliter cum Dominis Referentibus quoad vtramque caussam, remittendo caussam ad competentem, vel etiam non displicet, vt hic retineatur, per verba, Daß sie solches hie thun mögen. Omittit quoque verbum restitutionis, cum alias contineatur in cassatione mandati, & omnium inde subsequutorum. Et expedita futura erit repetitio Perlensteinii, deß außgelegten vnnd hinderlegten Geldes. Expensas quoque vult compensare, quia magis facultate nostra, qui alimentorum fauorem videamur plusculum, quam forsitan fieri debuisset, attendisse, tum quoque ambitione iudicum, à quibus, quam temeraria libidine litigandi, in hanc litem descendisse videtur.

Votum IX.

COncludit similiter cum Dominis Referentibus, compensatis expensis, ne pars rea aliena culpa innocens grauetur, &c. caussam in Camera retinendam. Restitutionis nulla mentio facta.

Senten-

Sententia definitiua.

IN Sachen Catharinæ Perlesteins Wittib Clägerin wider Manhard Lewen vnnd Consorten Beklagte/ ist deren am 6. Julij vnd 21. Augusti jüngst vorbrachter Handelung beylagen/ vnd gehaltenen Receß/ vnverhindert/ der den 19. Nouemb. Anno 77. in euentum, beschehene Kriegßbefestigung pro pura angenommen/ vnd lest man es bey dem am 4. Nouemb. Ann. 79. hinc inde gethanem beschluß bleiben/ Darauff vñ allem vorbringen nach zu Recht erkannt/ daß durch Richter voriger Instantz nichtiglich procedirt vñ geurtheilt/ vnd wöllen die Partheyen einander Spruch vnd Forderung dieser Sachen halb nicht erlassen/ daß sie solches an diesem Käyserl. Cammergericht thun mögen/ Die Gerichtskosten derhalben auffgelauffen/ auß bewegenden Vrsachen Compensierend vnnd vergleichend. Auch D. P. Q sein Begeren/ die Restitution originalium belangend/ zugelassen.

IN Sachen Manhardt Lewen/ & Consorten/ wider Weyland Herrn Hans Caspars Perlenstein/ nachgelassene Wittib/ beklagte/ mandati executorialis/ Ist D. Pierii sein den 21. Junij/ Anno 81. vnd D. P. Q. den 21. Augusti jungst beschehen Begeren abgeschlagen/ Sondern lest man es bey hievor gethanem beschluß bleiben/ vñ erkannt/ daß das außgangen/ verkundt/ vnd reproducirt Käyserlich Mandat/ sampt allem dem jenigen/ so darauß erfolgt/ zu cassirn vnd auffzuheben sey/ Als wir dasselbig hiemit cassirn vnd auffheben/ Die Gerichtskosten derhalben auffgelauffen/ auß bewegenden Vrsachen/ gegen einander Compensirend vnnd vergleichend.

DECAS III. VOTVM VI.

In ardua illa caussa Frawen Elisabeth von Dreystein/ Frey Frawen zu Neuneck/ &c. Clägerin.

Contra

Christoff vnd Eytel von Neuneck/ Gebrüder/ Beklagte.

In puncto exsecutionis & paritionis.

Caussa principalis est recuperandæ & adipiscendæ possessionis.

SVMMARIA.

1 *Filia heres in possessionem omnium bonorum, a defuncto possessorum vel detentatorum, mittenda est.*

2 *Multa cum hereditate sive vniversitate transeunt, quæ alias non transirent, & num. 15.*

3 *Filia in possessionem omnium bonorum mittenda est, quæ defunctus possidebat, etiamsi aliqua feudalia esse, notorie constet.*

4 *Feuda licet de per se in petitione hereditatis non veniant, veniunt tamen cum vniuersitate, ratione possessionis, quæ fuit apud defunctum, & in eis fit executio.*

5 *Agnatus si possideat, filia, pro qua præsumtio est, bona allodialia esse, debet poni in possessionem, & postea agnatus petere.*

6 *Contentio inter dominum & filiam si existat, dicente domino, aliqua bona esse feudalia, & filia ea dicat esse allodialia, filia stare debet in possessione, proq; ipsa est præsumendum: cum omnia præsumantur esse allodialia, num. 7.*

8 *In bonis, quæ sunt dubia, an feudalia sint, vel non, iisdem rationibus vtimur pro immissione filiæ, seu ad manutenendam ipsam, quibus & in allodialibus.*

9 *Probari in continenti nihil potest, nisi perspicua confessione partis aduersæ, vel per sententiam, vel per instrumentum, cui nihil opponatur.*

10 *Instrumentum nunquam facit notorium, quando contra illud opponitur.*

11 *Exceptiones probatæ & non probandæ in interdictis recuperandæ & adipiscendæ admitti debent.*

12 *Probatio coniecturalis, vel præsumtiua non sufficit, quando requiritur plena ac clara probatio.*

13 *Verba sententiæ secundum ius interpretari & accipi debent.*

14 *Verbum* Lehengüter/*necessario non solum* von schlechten Pfachtlehen/*sed & de maioribus, & quibuscunq; feudis intelligendum est.*

16 *Filia heres etiam in illa bona, quæ defunctus non suo, sed alieno nomine possedit, immittenda est: imo & in bonorum illorum possessionem, quæ defunctus tempore suæ mortis non possedit, sed detinuit, num. 17.*

18 *Differentia interdicti, quorum bonorum, & petitionis hereditatis.*

19 *Interdictum quorum bonorum datur pro rebus, quæ erant in bonis tempore mortis defuncti, siue possiderentur, siue detinerentur.*

20 *Interdictum adipiscendæ datur etiam, vbi quis non potest adipisci, nisi detentationem.*

21 *Possessionis appellatione venit etiam detentatio.*

22 *Possessor verus esse censetur omnis, qui alieno nomine possidet.*

23 *Exceptio requirit altiorem indaginem, quando ambiguitas est in facto, quod venit probandum; & num. 24.*

25 *Creditor, si partes principales omnes sint in mora satisfaciendi, potest a quolibet eorum pœnam in solidum exigere.*

26 *Restitutio pro qualitate bonorum non potest adferre eam vtilitatem in parte, sicut in toto.*

27 *Pœna viginti Marcarum pœna grauis dicitur.*

28 *Rigor Cancellariæ benignitate iudicantis non inique temperari potest.*

29 *Insolitum & excessiuum omne, quandam aduersantem præsumtionem inducit.*

30 *Pœna, vbi est arbitraria, illa debet a iudice considerari, quæ in aliis similibus terminis imponi consueuit.*

31 *Inclusio & reseruatio vnius casus operatur exclusionem alterius.*

32 *Moderatio caussæ cum tantum post adiudicationem pœnæ adimatur, illis eadem ante adiudicationem permissa censeri debet.*

IN NOMINE Domini, Amen.

ITERVM submiserunt partes in puncto executionis, ratione arctiorum processuum decernendorum ex parte actricis, ob non factam sufficientem paritionem, & admissionis ad probandum certos quosdam articulos, ex parte reorum de nouo exhibitos.

Pro cuius submissionis clariore resolutione inprimis videndum, quænam bona actrici per sententiam sint adiudicata? Ex quo facile apparebit, vtrum rei sententiis huc vsque satis, sufficienter paruerint. Constat autem ex ipsismet verbis sententiæ, 15. April. Anno 77. in caussa principali latæ (vt quæ omni dubio, obscuritate & ambiguitate caret) manifestissime, actrici in iudicio possessorio recuperandæ, dimidiam partem domus Ratenberg/cum eiusdem pertinentiis & fructibus perceptis à tempore spolii. In possessorio autem adipiscendæ omnia reliqua bona, tam mobilia, quam immobilia, tam ea, quæ feudalia esse dicuntur, quam allodialia & propria, absque vlla distinctione, exceptione, vel reseruatione, vtrum scilicet masculina, fœminina, maiora vel minora feuda esse prætendantur, vna cum fructibus

bus perceptis, à tempore litis contestatæ, &c. adiudicata esse, modo ea per Christianum patrem actricis, tempore mortis suæ, vel possessa, vel saltem quocunque modo detenta esse constaret, illis duntaxat bonis exceptis, quæ in quibusdam articulis specifice exprimantur: quod non solum verba sententiæ (vt iam dixi) sed & singulorum dominorum vota, tam super caussa principali, quam in puncto restitutionis & declarationis sententiæ, manifestissime ostendunt, ad quæ breuitatis caussa me refero.

Iam vero si omnia instrumenta in puncto paritionis hactenus ex vtraque parte producta diligenter examinentur ac perpendantur, nullum sane inueniretur, ex quo vel in possessorio recuperandæ vel adipiscendæ, plena ac sufficiens paritio (qualis per quatuor continuo se subsequentes sententias reis, sub comminatione arctiorum executorialium, iniuncta est) colligi possit. Etsi enim actrix non neget, dimidiam arcem Nawenberg / cum paucis quibusdam agris & pratis sibi restitutam, de eo tamen indesinenter conqueritur. Itaque ex productis instrumentis liquidissime constat, quod neque in possessorio recuperandæ, quo ad restitutionem, reliquarum pertinentiarum deß Hauses Nawenberg / fructuumque perceptorum, neque in possessorio adipiscendæ, mit wircklicher Immission / in alle vnnd jede von weyland Christian von Dreneck besessene vnd eyngehabte Erb / Pfacht / Pfandt / vnnd Lehengüter / Graff vnnd Herrschafften / Häusern / Dörffern / Höfen / Mühlen / Zehenden / rc. sampt auffgehabener Nutzungen / sententiis tam in caussa principali, quam in puncto executionis toties latis, sit paritum. Außerhalb etlicher Lehenmann / vnd geringschätzigen Güter / so jhr von Eytel von Dreyeck allein zum Schein / & nudis quidem verbis folgen zu lassen / angebotten worden / prout hæc omnia ex productis instrumentis & actis videre licet.

Ex quibus omnibus, anne sufficiens paritio? qualis ea iniuncta est reis, vel potius mera ac impudens cauillatio, illusio, & summus erga Imperialis huius Cameræ iudicium contemtus colligi possit, dominorum esto iudicium. Ad me, quod attinet, puto equidem sententiis in hoc supremo consistorio sub pœna arctiorum processuum latis, nequaquam ita satisfactum, vel paritum esse, vt rei à dicta pœna toties in euentum comminata, ac repetita excusari vel liberari possint.

Nam, quod de verbis Lehengüter supradictæ sententiæ definitiuæ insertis, rei iam iterum disputant, ac declarationem eiusdem sententiæ denuo vrgent, (*vtrum scil. de feudis masculinis, & quidem de maioribus, vel tantum* von schlechten Pfachtlehen / intelligi debeant) id mera cauillatio & truffa est, ad eludendam duntaxat debitam paritionem, toties ipsis in euentum iniunctam, nec non ad vexandum & dubium reddendum iudicem excogitata. Meminerunt enim domini absque dubio, hanc ipsam declarationem ante septennium quoque à reis petitam, sed post diligentem caussæ cognitionem, tanquam minus necessariam, iudicialiter ipsis denegatam fuisse. Noti enim iuris est, filiam † 1 heredem in possessionem omnium bonorum, à defuncto possessorum, vel detentatorum (siue ea allodialia, siue propria, siue cuiuscunque generis feudalia esse dicantur) mittendam esse, etiam vt plerique volunt, inclusis iis, quæ notorie constaret, feudalia esse, *vt notabiliter decidit Ioan. Andrea in addit. ad Specul. sub tit. de testam. §. penult. in verb. personam.* nec esse agnatum legitimum contradictorem, quo minus hoc fiat. Multa enim (inquit) cum hereditate siue † vniuersitate transeunt, quæ a- 2 lias non transirent. Quam decisionem Ioannis Andreæ summopere notandam dicit Alexand. *in l. fin. versic. aliud notabile dictum C. de edict. D. Adrian. toll. Paris. consil. 41. num. 2. & 3. lib. 1. Dec. consil. 488. num. 11. Mar. Socin. iun. consil. 75. num. 28. lib. 1. Cacheran. decis. 26. num. 13. & 14. &c.* Qui omnes volunt, filiam in possessionem † o- 3 mnium bonorum mittendam esse, quæ defunctus possidebat, etiamsi aliqua feudalia esse, notorie constaret, *per c. 1. § inter filiam. versicul. defuncto milite. si de feud. defu. controuers. sit inter dominum & agnat. vasall.* Idque donec de iure, illiusque proprietate in petitorio ordinarie cognoscatur, *vt notat. Ioan. Dilect. Durantis in tract. de arte testandi. tit. 11. caut. 20. num. 4. Dec. consil. 424. nu. 10. Roland. consil. 1. num. 48. lib. 1.* Hinc communis est Doctorum conclusio, quod licet † feuda, & de per se (vt verbis ipso- 4 rum vtar) in petitione hereditatis non veniant: veniant tamen cum vniuersitate ratione possessionis, quæ fuit apud defunctum, & in eis fit executio, cum & multa alia veniant in petitione hereditatis, non solum ratione possessionis, quam habuit defunctus, sed etiam nudæ detentationis, *l. & non tantum ff. de petit. hered.* Qua de re est pulcrum consilium Nicolai Rücfers senioris, in grauissima illa caussa Q. Q. contra R. R. quod est vigesimum tertium inter consilia Claudii Cantiunculæ, vbi *num.* 55. 56. & 57. materiam hanc

ad longum tractat, & optime etiam Cacheran. *d. consil. 26. per totum.* quibus addo Albertum Brunum, *consil. 1. in 1. & 3. collat.* Vbi refert Baldus & Doctores *in c. 1. de controuers. inter mascul. & fœmin.* dixisse, quod 5 si agnatus possideat, filia (pro qua † præsumtio est bona, allodialia esse) debeat poni in possessionem, & postea agnatus petere. Et ita dicit etiam ibi gloss. 1. Ad prædicta etiam dicit facere text. *in c. defuncto. & ibi not. si de feudo fuer. contr. inter dom. & agnat.* vbi habetur, quod si esset contentio † inter dominum & filiam, dicente domino aliqua bona esse feudalia, & filia ea dicat allodialia, filia stare debeat in possessione, quodque pro ipsa sit præsumendum, cum † omnia præsumantur, esse allodialia, de quo per Albert. Brunum *in d. consil. 1. latius, & etiam per eundem, consil. 2. in num. 2. versic. & sic patet, &c.* vbi disertis verbis dicit, quod in bonis, quæ sunt dubia, † an feudalia sint vel non, iisdem rationibus vtamur pro immissione filiæ, seu ad manutenendam ipsam, quibus & in allodialibus, de quo etiam pulcre per Alexand. *in consil. 129. lib. 1. & consil. 539 lib. 4. &c.* Nec erunt hoc casu agnati legitimi contradictores. Possessio enim prius tradenda est, & postmodum de iure agnatorum agendum, *vt dicit Ioan. Andreas in addit. ad Specul. sub tit. de testam. §. penult. in fin. Parif. consil. 23. num. 89. part. 1.* vbi multa allegat, &c.

Non puto obstare, quod rei nostri per Inuestituras literas reuersales, ac principum & comitum quorundam inhibitiones, in continenti se probaturos offerunt, (prout & antehac, tam in caussa principali, quam puncto executionis, restitutionis, & sententiæ declarationis sæpius obtulerunt) pleraque scilicet ex illis bonis, quorum immissio petitur, feuda masculina esse, &c. Etsi enim iam dicta documenta dominos ante hac non parum mouerint ad credendum supradicta bona feudalia, & quidem feuda masculina esse: tamen cum actrix iam dictam qualitatem passim expresse neget, & contrarium debito tempore, & loco se ostensuram offerat, existimarunt domini (quorum septem fuerunt) plenam ipsis fidem adhiberi, vel probationem in continenti factam dici non posse, quo minus actrix in petitorio, in defensionibus suis adhuc audiatur. Cum & in facto & in iure multa adhuc contra eosdem opponere, & forte etiam probare possit. Et huc facit, quod ante septennium in puncto restitutionis & declarationis sententiæ per dominos latissime deductum atque ostensum est. In continenti † probari nihil 9 posse, nisi perspicua confessione partis aduersæ, vel per sententiam, vel per instrumentum, cui nihil opponatur, &c. Quod optime videtur colligi posse ex iis, quæ notat Menoch. *remed. 1. recuperandæ a num. 186. vsq. ad num. 205. Iacob. Philip. Portius lib. 2. conclus. reg. 44. limit. 11. & 12. Zas. post l. natural ter. §. nihil commune. num. 10. ff. de acquir. possess. Ad b ll. Personalis de adipisc. possess. num. 267. vers. hacq. conclusio, &c. & nu. 294. 298. 308. & pluribus aliis in locis, præsertim vero d. n. 294.* vbi indistincte dicit, quod instrumentum † nunquam rem notoriam 10 faciat, quando contra illud opponitur. Quod idem tenere videtur Crauet. *consil. 299 num. 8. & consil. 302. num. 6. Decius in c. licet caussam. num. 10. de probat.* Et est pulcrum consilium Socini senioris 166. *nu. 4. lib. 2.* vbi tradit, nunquam dici posse liquere de caussa per instrumentum, nisi quando est conclusum in caussa, ita quod contra illud nil possit opponi, vbi omnino videndus. Si igitur talis exceptio obiiciatur, quæ altiorem indaginem requirat, & ad cuius discussionem necesse foret, testes examinare, vel instrumenta super quibus disputandum esset producere, tunc nullo modo probationem in continenti factam dici p. se. *Menoch. de arbitr. iud. quæst. casu 12. lib. 2. prolixe per Cæsarem Contard. ad l. 1. Cum. C. si de moment. possess. limit. 12. num. 8. & 9.* vbi dicit, quod quando agitur de probando in promtu scripturam, intelligatur, quod debeat inferri scriptura liquida, quæ non exigat probationes extrinsecas pro eius declaratione & verificatione, *pulcre Socin. iun consil. 75. nu. 19. & 20. lib. 1.* vbi videndus. Variæ sunt hac in re DD. opiniones, quibus tamen penitius consideratis atq; propter sis, hæc mihi omnium verissima sententia esse, & optima ratione niti videtur, vt nimirum nulla vnquam exceptio dominii vel proprietatis in his interdictis admittatur, vel in continenti probabilis esse dicatur, nisi ipsa partis petentis immissionem confessio, vel expressa vel tacita (scilicet, si nihil opponatur) adsit. Ratio in promtu est, quia si spoliatus, vel immissionem petens negat, aut contradicit, in defensionibus vtique suis audiendus erit, & sic statim altiorem indaginem res requiret.

Nam per negationem dicitur, & efficitur res dubia, & tunc non obstat exceptio immissioni; quia non potest liquide constare de dominio vel proprietate, antequam in petitorio conclusum & pronunciatum sit. Et hanc sententiam olim quoque dominos de Rota sequutos esse, inuenio *in decis. 16. alias 393. de restit. spol. in Nouis.* Et plurimum facit pro confirmatione huius

huius opinionis, quod notat Innoc. *in c in literis n.14 ibi, sed si constaret per eius confessionem d. tit. de rest. spol & melius idem Innocent in cap. constitutus, de filiis presbyterorum, ibi quia si iam consta et, vel per confessionem*, &c. Ex quibus omnibus recte quidem & concludenter domini olim inferri posse, existimarunt, cum nulla hic sententia, nulla actricis cõfessio, nulla denique rei euidentia, vel notorietas adsit, imo actrix productis instrumentis, quotquot sunt, expresse contradicat. Idcirco probationem in continenti factam, dici non posse, actricem porro exceptionibus non obstantibus, etiam in illa bona, quæ masculina feuda a reis asserebantur, immittendam esse, quod cum hactenus a reis factum non sit, facile quiuis æstimare poterit, sententiis hucusq; latis, vel hoc solo capite paritum dici non posse. Neq; reos a pœna exsecutorialium liberare vel excusare potest, quod ratione bonorum feudalium declarationem sententiæ 15. Aprilis, Anno 77. latæ malitiose petunt. cum ignari esse non possint, hanc ipsam declarationem ante aliquot etiam annos similiter a se petitam, iudicialiter autem, præuia sufficienti caussæ cognitione, tanquam minus necessariam, & ad differendam duntaxat exsecutionem factam 16. Iunii, Anno 80. denegatam fuisse. Quandoquidem d. sententia per se fuerit clara, nec vllam obscuritatem vel dubietatem in se habuerit, quæ aliquam declarationem visa fuisset requirere, ad singula dominorum vota me referendo, *per ea quæ not. Soc. Iun. cons. 65. nu. 56. lib. 1. per l. ille aut ille, §. cum in verbis de leg. 3.* Vt sic facile intelligere rei potuerint, se ad immissionem omnium bonorum, tam scil. eorum, quæ feudalia asserunt, quam & allodialium siue propriorum teneri hanc vlteriorem ipsorum petitionem, ratione declarationis sententiæ, pro mera potius cauillatione & vexatione iudicis, quam pro vera ac sufficienti paritione habendam esse, &c. Si quis obiiciat tot productis instrumentis, coniecturis & præsumtionib. quæ pro reis militant, eo vsq; saltẽ fidem adhibendam, donec contrarium ab actrice fuerit probatum, cum non sufficiat opponere contra instrumentum, sed necesse sit exceptiones probare, *leg. si prius, ff. de noui op. nunt. Personal. de adipisc. poss. num. 319.* &c. Sane, is vtique hoc ipso fateri mihi videtur, probationem reorum plenam & concludentem, vel certe talem non esse, quin altiorem indaginem & discussionem requirat, si enim actrix ad instrumenta producta adhuc audiri debeat, qua ratione quæso probatio in continenti facta dici poterit? Merito igitur talis facti quæstio ad petitorium reseruari ac remitti debet. Exceptiones † enim probatæ & non probandæ in interdictis recuperandæ & adipiscendæ admitti debent, vtpote quæ nullam facti probationem requirunt, *Curt. Iun. cons. 107. n. 16. Alex. in l. naturaliter. § nihil commu e, in 10 fallent. de acquir. poss.* Quandocunq; † enim requiritur plena ac clara probatio, tunc non sufficit probatio coniecturalis vel præsumtiua, per quã reiiciatur onus probandi contrariũ in partem aduersam, *vt pulchre deducit Soc. sen. d. cons. 194 n. 7 & 9 lib. 2.* vbi videndus, &c. Porro in specie, quod verbum sententiæ (Lehengütter) per se clarum sit, nec illam quam rei fingunt restrictionem, auff schlechte Pfacht lehen admittat, satis ipsimet rei ex propria sua argumentatione in 160. art. restit. si velint, intelligere possunt. Nam si † verba sententiæ, prout ibi ponũt, & de iure facile quoque conceditur, secundum ius interpretari & accipi debeant, *leg. Herennius, de euict. Cauetta. cons. 45. num. 5.* Certe fateri vtique oportet, dictũ verbum (Lehent gütter) necessario non solum, von schlechtem Pfachtlehen/ sed & de maioribus, & quibuscunq; feudis intelligẽdum esse. Nec enim vi leo, vel iura, vel eorum interpretes in materia immissionis filiæ per interdictum quorum bonorum, vllam inter feuda maiora & minora differentiam facere. sed simpliciter & sine vlla distinctione statuere, filiam heredem in vniuersa bona tam feudalia, quam allodialia (qualiacunque illa sint) immittenda esse, donec de feudo in petitorio probetur, ac iudicetur, etiamsi aliqua ex iis feudalia esse, notorie constaret, *tux. differentiam, Ioan. Andr. in addit. ad Spec. tit. de test am. § pen. verb. personam*, &c. quia inquit, multa transeunt † cum vniuersitate, quæ alias nõ transirent, *vt late dixi in caussa* Kalenberg *contra* Kalenberg / *19 Aprilis. Anno 74.* & in hac eadẽ caussa Waldeck cõtra Wirmundem/ 12. Septembr. Anno 76. quo breuitatis caussa me refero. Cum igitur iura ipsa, quæ rei pro se adducunt, nõ distinguant, certe non video qua ratione, vel temeritate potius rei hanc distinctionem sibi fingere, eoq; nomine declarationem, præsertim ante aliquot annos iam pure ipsis denegatam, petere non erubescant, ist ein vnverschämpt Begeren/ etc.

Quod porro sententiis hucusq; latis, rei sufficienter non paruerint, adhuc manifestius liquet ex eo, quod iam de nouo in dubium vocant, ac declarationem, nõ attento, quod ea iam dudum iudicialiter ipsis denegata fuit, hic iterum satis impudenter ac malitiose petunt, vtrum scilic. actrix, iuxta prædd. sententias duntaxat pro dimidia

NN

parte bonorum. so in vbergebenen Pension Zetteln specificiert/ veim illis omnibus simul & exacte immitti debeat? in quo certe iterum manifestus prædictarum sententiarum, & huius imperialis iudicii contemptus, illusio, ac mera & impudens quidem cauillatio deprehenditur. Quam autem hæc reorum dubitatio iuridica & releuans, vel potius temeraria & absurda sit, non solum ex ipsius sententiæ definitiuæ verbis, quæ per se clara sunt, sed etiam ex iuris communis dispositione, secundum quam ipsimet rei verba accipienda esse, contendunt, facile intelligi potest. Tradunt enim

16 DD. communiter, filiam † heredem etiam in illa bona, quæ defunctus non suo, sed alieno nomine possedit, vt quia res erant ipsi commodatæ, vel apud eum depositæ, immittendam esse, *vt notat glos. in leg. fin. verb fuerint. Cod de ed. diui Hadr. toll. quam refert. Ferr. in forma libelli, quo petitur hereditas ex testamento, in verb. possidebat. numer. 3. Achill. Personal. in tr. quorum bonorum, numer. 469.* Vbi dicit heredem etiam † in

17 possessionem illorum bonorum immittendum esse, quæ defunctus tempore suæ mortis non possedit, sed detinuit, & in hoc

18 † interdictum *quorum bonorum*, cum petitione hereditatis conuenit, *vt in l. & non tantum. ff. de pet. hered Bal. in l. 1. num. 10 prope fin. C quorum bon Ferrar. in loco quo supra Rum. cons. 107. num. 1. lib. 4.* Et in hanc quoque sententiam consuluit Nic. Bellon. *cons.*

19 *35. nu. 5. his verbis*, Interdictum † v. *quorum bonorum*, datur pro rebus, quæ erant in bonis tempore mortis defuncti, siue possiderentur, siue detinerentur, non enim requiritur, quod defunctus possideret, *vt concludit Bar. post Cyn. in l. 1. C. quorum bon. in fin. & ibi Salyc. n. 10. & Angel. Aretin. in §. quadrupli n. 28. vers quæro pro quibus, de action.* & ideo non esset necesse, probare dominium vel possessionem defuncti, sed quod ab eo teneretur simpliciter, vt in remedio, *l. fin. C. de ed. D. Hadr. toll. & ibi omnes in cons. censuerunt, maxime Albericus*, &c. Hæc Bellon. rationem assignant Bar. Cynus & Salyc. *in d. l. 1. C. quorum bon.* Quia de bonis dicitur nõ tantum, quod possidetur, sed etiam quod detinetur, *vt est elegans text.* hoc optime probatur *in l. 2. §. in hac actione. & l. 2. ff. de vi bon. rapt.* cuius sunt verba. In hac actione nõ vtiq; spectamus, rem in bonis actoris esse, sed siue in bonis sit, siue non sit, tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare siue commodata res sit, siue locata, siue etiã pignorata proponatur, siue deposita apud me sit, sic vt intersit mea eam non rapi, dicendum est, competere mihi hanc actionẽ, vt non dominium accipiam, sed illud solum quod ex bonis meis, id est, ex substantia mea res ablata esse proponatur. Huc etiam opt. fac. quod not Hubert. Zuchard. *in d. l. fin. C. de ed. D. Hadr. toll. num. 355. & 356.* vbi notandum dicit, quod interdictum †

20 adipiscendæ datur etiam, vbi quis non potest adipisci, nisi detentationẽ, quia cum defunctus habet et solam detentationẽ, ipsius quoq; heres nõ potest aliud nancisci, quia eius personam repræsentat, *l. cum a matre, & ibi Bar. C. de rei vend* Et certum est, quod heres habet beneficiũ huius legis, quod est adipiscendę possessionis. Secundo, inquit, nota, quod † appellatione possessionis ve-

21 nit etiã detentatio, quod facit ad id, quod habetur *in l. stipulatio ista §. hac quoq; ff. de V. O.* Et hęc omnia late deduxi in voto meo, 12. & 18. Septembr. Anno 76. in hac ipsa caussa. Quæ cũ de iure ita se habeant, iam nulla sententiæ contrarietas, vt a reis cauillandi animo passim contenditur, inferri potest ex eo, quod actricem in interdicto recuperandæ duntaxat ad dimidiam partẽ arcis Naumberg/ restituendam, in interdicto vero quorũ bonorũ, in omnia reliqua bona per Christianũ nõ solum possessa, sed etiam detenta, vniuersaliter immittendum esse pronuntiamus, cum nemini vnquã dubium fuerit vel esse possit, quin inter hæc duo iudicia possessoria, quo ad naturã & effectum vtriusq;, præsertim vero quod hoc vniuersale, illud vero particulare sit, longe maxima differentia & diuersitas reperiatur, siquidem interdictum recuperandæ, id solũ spoliato restituit, in cuius vera possessione se fuisse expresse probauerit, & non vltra. Interdictum autem quorum bonorum agens nõ solum bona per defunctũ possessa, sed & ea quorum eadem detentationem defunctus habuit, *vt modo dictum est*, consequitur. Atq; ex his iam satis constare arbitror, quod impudenter a reis in 166. artic. restitr. ponatur, daß kein Vrsach erdacht oder angezeigt werden möge / warumb der Klägerin an dem Hauß Naumberg nur der halbe Theil / die vbrige Gütter aber alle / daran doch rei den halben Theil quoad possessionem & dominium, gehabt / allein solten zugewiesen seyn worden. Quod idem etiam non obscure in den Articulierten Vrsachen / 3. Iunii jüngst einkommen / artic. 52. 53. & aliquot seqq. videntur innuere atque deducere. &c. Cum enim actrix in interdicto recuperandæ possessionem tantũ dimidiæ partis ædium Naumberg / in interdicto vero quorũ bonorum reliqua omnia bona, per patrem suũ tempore mortis possessa, vel saltem detenta fuisse sufficienter probauerit, mirum non est, cur eam in priori interdicto, pro dimidia parte tantum resti-

restituendam, in altera vero vniuersaliter, & non pro dimidia solum, immittendam pronuntiauerimus, diuersitatis scilicet ratione, quæ ex vtroque interdicto apparet, id suadente, vt sic nulla contrarietas ex iis, quæ natura & operatione inter se diuersa sunt, a reis allegari possit. Nec videbatur reis hoc loco patrocinari, vel eos a plenaria immissione releuare posse, quod passim contendunt Christianum a Dreneck supradictam dimidiam partem bonorum non suo proprio, sed alterius, reorum scilicet nomine, tanquam tutorem possedisse, ideoque interdictum Quorum bonorum, quantum ad dimidiam illam partem attinet, locum habere non posse, cum iuris sit, quod non tam tutor, procurator, 21 colonus, † administrator, & regulariter omnis, qui alieno nomine possidet, quam ipse Dominus cuius nomine possidetur, verus possessor esse censeatur, *vt notat. Paris. cons. 98. n. 18. vol. 1. Bar. in l. 1 in prin. 10. ff. de acquir. poss. Sec. in tit. de emt. & vend. §. 1. super verb. constat possidere. n. 29. per l. quod meo, ff. de acquir. poss. & l. quadam mater, ff. de rei vind. cum similibus*, &c. Nam licet hæc facile ita concedi possint, tamen non desunt ex DD. tam antiquis, quam recentioribus, qui teneat, quod contra eiusmodi administratores, & si veri possessores non sint, ob solam detentationem vniuersale remedium quorum bonorum recte institui possit, *per ea quæ supra late deducta sunt, & faciunt quæ notat Bal. in leg. male agitur, C. de præscript. 30. annorum.* vbi dicit, quod licet eiusmodi administratores, nec ciuiliter nec naturaliter possideant, simplicem tamen detentationē habeant, quem refert & sequitur Schurff. *cons. 4. nu. 2. cent. 2.* &c. Sed quid porro longiori disputatione hoc loco est opus. Cum ipsimet rei pleris q; in locis, præsertim vero in 129. 185. & 218 artic. test. expresse ponant & fateantur, daß d. Christian dimidia bonorum litigiosorum detentationem tutorio nomine gehabt / etc. Ex qua propria ipsarum assertione euincitur, quod actrix iuxta hactenus deducta nō solum, pro dimidia parte, sed in omnia bona vniuersaliter fuerit, & sit immittenda.

Sed vt ponamus hæc omnia cessare, tamen quia opposita exceptio qualitatis tutoriæ per actricem expresse negatur, neq; per reos hactenus probata, & alias talis est, vt altiorem indaginem requirat, cum hæc qualitas, siue titulus, sine testibus vel instrumentis, in iudicio contradictorio producendis & examinandis probari non possit, ideo merito ad petitorium, (præsertim cum in effectu nil aliud quam quæstionem dominii concernat) reiicienda, & actrix interim in omnia bona vniuersaliter immittenda venit, vti omnium Dominorum votis olim quoque in meo Senatu interlocutoriarum conclusum esse reperio. Altiorem enim indaginem exceptio † requirere dicitur, quando ambiguitas vel dubium est in facto, quod venit probandum. *Bar. in leg. ille a quo, §. si de testamento, ff. ad Trebell.* Vel quando est dubium de iure, *secundum Hostiens. in cap. cum contingat. de eff. de leg. quos refert & sequitur Ang. §. in bonæ fidei, numero quinto. vers. quæro cum textu. Inst. de action.* Vbi si omnia gerit, se solitum esse de vtroque allegare textum singulare in cum *glos. in leg 3. § ibidem, ff. ad exh. b.* vbi glos. *in verb. obscurior*: dicit, quod altior dicatur propter subtilitatem iuris, & sic secundum Angel. est ibi casus, quod † exceptio potest dici 24 requirere altiorem indaginem, siue talis indagatio procedat a facto, & facti probatione, siue a dubietate iuris. Quod Ang. *dict. numer. 5.* dicit, valde notandum, & menti tenendum, inferens ex eo, quod quoties exceptio habeat disceptationem vel dubitationem in facto, vel in iure, dicatur requirere altiorem indaginem. Et hac de re exstat pulcrum consilium Nicolai Ruckeri senioris, in graui illa controuersia, quæ olim agitata fuit inter Nassaw & Hessen, quod est consilium 21. inter consilia Claudii Cantiunculæ. *nu. 60. & 61.* vbi materiam hanc ad longum tractat, &c.

Tertio si omnia prædicta cessarent, contumacia tamen reorum in non parendo, vel ex hoc solo manifeste deprehendi posset, quod ratione der 18000 fl. so durch actricis Vattern bey Johannen von Altenburckheim: prout ipsimet rei 219. artic. test. expresse fatentur, angelegt worden / nil quicquam hactenus præstiterunt, nisi quod loco debitæ, ac toties ipsis iniunctæ paritionis, declarationem iam iterum petunt, an scilicet actrix in illam summam immitti debeat? Cum tamen hæc ipsa petitio ante multos annos tanquam minus necessaria, & ad differendam duntaxat executionem, malitiose excogitata, per sententiam ipsis, omnium dominorum votis, æque vt superiores denegata fuerit. Neque enim domini putarunt, huius loci esse diutius disputare, vtrum prædicta summa ex redditibus Bladenhorsticis, vel aliis bonis ac prouentibus conflata esset, vel cuius denique nomine erogata. Hanc enim quæstionem altissimæ indaginis esse, & vix fieri posse, vt in continenti liquidetur ex Blandenhorsticis prouentibus, aut aliis etiam bonis pupillaribus dictam summ-

mam redactam esse. Neque sane nostro casu, quo tutor fuit opulentissimus, id satis efficax argumentum est, quod Christianus durante administratione tutelæ, adeoque ipsius arcis Blandenhorst eam pecuniam mutuo dederit. Sed aliis eam in rem opus esset argumentis, per text. *in leg. si. defunctus* 10. *C. arbitrum tutelæ*, &c.

Ex quo igitur rei actricem nostram in iam dictam summam der 18000. fl. hactenus non immiserunt, necessario concludendum sequitur, sæpe dd. tam in puncto exsecutionis, quam in caussa principali latis sententiis, huc vsque per ipsos satisfactum vel paritum dici non posse. &c.

Quarto, quod licet rei non solum ex sententia definitiua Anno 77. lata, satis intelligere potuerint, ad fructuum restitutionem, tam in interdicto recuperandæ a tempore spolii, quam in interdicto quorum bonorum a die litis contestationis se teneri, sed etiam ab actrice sæpius eo nomine fuerint admoniti ac interpellati, vti ex productis instrumētis paritionis videre licet, nil quicquam tamen hactenus præstiterunt, nec sane ipsos in aliquo excusare potest, quod cauillandi animo allegant, actrici iuxta stylum vsitatū Cameræ liquidationem fructuum ante omnia incumbere: nam respondetur, quod imo reorum partium fuisset, actrici vigore sententiæ latæ fructus perceptos sine alia eiusdem interpellatione offerre, eorumq; nomine Registra & Inuentaria exhibere, ad damnū, si actrix aliqua ex parte se minus contentam, vel grauatam sensisset, vlteriorem liquidationem exspectare. Cum porro rei ne obulum quidem fructuum nomine actrici hactenus obtulerint, certe dici non potest, sententiis hucusque latis etiam in hoc puncto satisfactum vel paritum esse.

Quamobrem ex his omnibus arctiores exsecutoriales, contra Eytel von Dreyeck meo voto decerno. Ad liberos autem defuncti Christoffs von Dreyeck quod attinet, cum ipsi sint adhuc pupilli & minorennes, nec tutores vel curatores, præter quam ad litem, hactenus habuerint, puto arctiores processus decerni non posse, nec enim in contumacia vel dolo censetur esse, qui cum parere non possit, de paritione non docet.

Sed videtur hoc loco dubitari posse, cū exsecutoriales simplices non contra Eytel von Dreyeck solum, sed & contra prædictum ipsius fratrem Philippum, emanarint. Verum d. Eytel ob non factam paritionem ex sua parte integram pœnam der 50. Marck lötigs Goldts/ exsecutorialibus insertam in solidum, vel tantum pro rata, id est, dimidia parte, soluere teneatur. Et certe videtur respondendum esse ex doctrina *Bal. in leg. non omnis. num. 5. ff. si cert. pet.* quod ad integram pœnam sit obligatus, vbi asserit, quod in iudicialibus ex mora particulari, id est, commissa ab vno tantum ex consortibus committatur pœna in totum, quia iudicium indiuisibile est. Quinimo in indiuiduis etiā conuentionalibus, nedum iudicialibus, quando etiam plures partes principales, si omnes essent in mora satisfaciendi, potest creditor † a quolibet eorum pœnā in solidum exigere, *Soc. Zas. in l. stipulationum la. 1. alias l. eadem, quæ est 4. §. Cato n. 34. de verb. oblig.* Deniq; sicut obligatio & actio restituendæ possessionis omnium bonorum a parte actricis relictorū indiuidua, & cōsequenter etiam factum restitutionis indiuiduum est, cum † restitutio pro qualitate bonorum non possit adferre eam vtilitatem in parte sicut in toto, *per ea quæ eleganter tradit Bolog. in d. §. Cato n. 392.* ita pœna quoq; ex mora detractatæ restitutionis commissa indiuidua est, & a quolibet contraueniencium præcepto exsecutorialiū in solidum cōmittitur, *iuxta Zas. d. n. 35.* Quod in nostro casu tāto fortius ac minori cum iniquitate procedit, quod Eytel von Dreyeck / nō tantum ipse, quantum ad se attinet, in mora paritionis, calumniose tergiuersando persistat, sed etiam præcipua caussa sit, quo minus ipsius consortes, liberi scil. pupilli fratris sui Christophori, etiā volētes exsecutorialib. pro sua portione obedienter satisfaciant, quo nomine, cessante etiam ratione indiuiduitatis, ipsius contēptus, nō immerito cum solido pœnæ commensurandus esset, vt par pœna delicto foret. Verum quia pœna 50. Marcarum auri exsecutorialib. inserta, nonnihil excessiua ac insolita, & nimis grauis videtur, siquidē † pœna 20. Marcarum auri, pœna grauis dicitur, *teste Ias. in auth. hac si num. 8. vers. secundo pondere, &c. Cod. de iudic.* Rigor ille Cancellariæ † benignitate iudicantis non inique temperari posset, *per text. in Clem. 1. §. nos rigorem ipsum mansuetudine temperantes, &c. deinde* cū 25. Marcæ auri ab vno solo pendendæ satis superq; pœnæ sint, *argumento eorum quæ tradidit Ias.* d. loco inquiens, si statutum simpliciter diceret, quod pro tali delicto imponatur grauis pœna, sufficiat pœna 20. Marcarum auri, &c.

Deinde cum hoc casu iusto maiorē pœnam futuræ contumaciæ, Cancellaria præstituerit, si ea tota ab vno committente exigeretur, plane duplicata censeretur, quod cum aperto iuri contrarietur, id enim vetat,

25

26

27

28

vetat, quem duplici aut iusto maiori pœna affligi: optima ratione eiusmodi excessus pœnæ reformari, & contemperari possint, cum facilius sit de dispensatione fauoris & gratiæ, quam de inconsiderato excessu rigoris rationem reddere summam. *Syn.m verb. nus. numero secundo.* Adhæc sicut Camera per euentuales comminationes, eiusque reiteratam conniuentiam, pœnam differre, ac eo nomine ius parti magis in re, quam ex euentuali spe: videlicet propter primææ comminationis purificatum euentum, quæsitum ob prorogationem seu suspensionem effectus, prioris interminationis, quodammodo in totum auferre: ita etiam idem multo magis ex parte minuere potest, antequam pœnam realiter commissam, declaratum sit, ne alioquin cum periculo syndicatus aut reuisionis inconsideratum excessum, per cancellariam sine caussæ cognitione præstitutæ pœnæ ipsa prudens & sciens, sicque non sine aliquali præsumtione sinistræ affectionis approbare videatur. Nam

29 omne insolitum † & excessiuum, quandam aduersantem præsumtionem inducit, *Euerhard. in loco a solitis, vers. Hinc etiam inferri*

30 *potest arguendo*, &c. Siquidem vbi pœna † est arbitraria, vt sunt pœnæ pecuniariæ præceptorum exsecutiuorum Cameræ: illa debet a iudice considerari, quæ in aliis similibus terminis imponi consueuit. *Paris. de Puteo. in tract. syndic. verb. pœna. cap. 10. num. 7.* Quinimo, si præter restitutionem bonorū litigiosorum etiam immensa illa pœna insolidum ab Eytel von Dreyeck exigeretur, verendum esset, ne cum totius suæ agnationis nata res familiaris ipsius penitus labefactaretur. Postremo cum sæpe dd. pœna ratione spreti mandati iudicis exposcatur, ipse arbitrari potest, quanti intersit præceptum suum contemtum non fuisse. Et caussa cognita, si subsit ratio, vel solidum, vel partē interminatæ pœnę exigere. Quoniam cum interminatio illa pœnæ, tantum vim decreti, non sententiæ definitiuæ habeat, antequam super commissione pœnæ feratur sententia, iudex vsque ad eiusmodi interlocutionem illam moderari potest. Quæ sola ratio facit, quod idem iudex etiā talem declarationem purificatæ commissionis pœnæ, per vnam interdum, duas vel plures euentuales suspendere ac differre potest, qui super decretis & interlocutionibus suis, mutando & corrigendo libero arbitratu in illis, donec per aliam sententiā vim definitiuæ habentem suo non plene defunctus est officio. Pro quibus etiam a contrario sensu vrget, der Memorialzettel Anno 81 §. *pen.* vbi disponitur, daß die Moderationes vero in Camera fisco adiudicieret (Nota) Geltstraffen, bey jhrer Myt. nicht in Camera gesucht werden sollen, quia nimirum Fisco ius irreuocabiliter ex sententia quæsitum sit. Ergo antequam Camera pœnam esse commissam declaret, eam ex caussa moderari potest, quia inclu-

31 sio † & reseruatio vnius casus operatur exclusionem alterius. Vnde cum moderatio

32 caussæ tantum post adiudicationem † pœnæ adimatur, illi eadem ante adiudicationem permissa censeri debet, *per text. in l. inter socerum, §. cum in e. ff. de pact. dotal.* Vbi sic habetur, quæ in vno casu expressa dispositione sunt adempta vel prohibita, in casu contrario videntur permissa & reseruata.

Non obstant adducta in contrarium, quæ loquuntur de pœna iam adiudicata vel declarata iudicialiter. Deinde negatur partitionem in nostro casu intelligibiliter, & secundum habilitatem actualiter, esse indiuisibilem. Quare etiam pœna facto diuisibili adiecta, maxime pecuniaria diuisibilis est, & commode partiri potest, *Bdoz. in supra dict. §. Cato. numer. 384. ibi. Et hec conclusio non habet difficultatem quando factum est diuiduum, vt in negotio pecuniario.* Ex quibus omnibus concluendam puto, pœnam pro qualitate huius facti omnino diuidendam esse.

Articulos caussales 1. Iunii, nuper exhibitos, tanquam superfluos non admitto, cum nihil aliud contineant, quam quod iam dudum ante multos annos, tam in caussa principali, quam in pūcto exsecutionis, restitutionis ac declarationis sententiæ articulando, ad nauseam vsque deductum & per plures sententias, præuia maturā caussæ cognitione, iam decisum est. Si quid enim in dd. articulis tam defensionalibus, quam restitutoriis ac declaratoriis ad rem facere dominis visum est, id ante hac ad probandum admiserunt, reliquis omnibus articulis, tanquam impertinentibus ac irreleuantibus per sententiam reiectis, & ad petitoriū reseruatis. Quod igitur ante hac semel admissum est, iam iterum admitti prorsus superfluum foret, quemadmodum etiam perperam: ne dicam inepte: nunc demum a nobis admitteretur, quod ante 10. fere annos cum sufficienti caussæ cognitione, (*vt supra quoque dictum est,*) semel fuit reiectum.

Salua Dominorum iudicio, &c.

Sententia reuidenda.

In Sachen Frauw Elisabeth geborne von Drey-

stein Freyfrauwen zu Neuneck Klägerin / wieder Eytel vnnd Weylandt Christoff von Viermundt / gebrüdere / jetzt dessen nachgelassen Kinder vnnd Erben / verordnete Vormunder in Actis benent / Beklagte / Executionis, vnnd in specie Eytel von Viermundt belangendt / ꝛc. Seyndt D. Pieno / dero am 3. Tag. Junij jüngst vorbrachter Anzeig / auch anderer einkommener Instrumenten Paritionis, vnd vorgewendter Einreden vnverhindert der Arctiorũ Executorialn halben / wie auch den Key. Fiscal am 9. Tag. Maij nechst beschehene begeren zugelassen / aber gedachte Vormundere betreffendt / ist von Ampts wegen der Bescheidt / daß dieselben von ermeldter jrer Pupillẽ wegen / in Zeit eines Monats: so jhnen pro termino & prorogatione darzu angesagt: zu dieser Sachen wie Recht sich legitimierẽ / mit dẽ Anhang / wo sie solchem also nicht nachkommen werden / daß als dann auff Gegentheils ferner anruffen ergehen sol / was Recht ist. Publicata sententia 13. Decembr. Anno, &c 86.

DEC. III. VOTVM VII.

In caussa, Rastadt.

Contra.

Asterburg.

SVMMARIA.

1 *Actio ex l. diffamari vt competat, requiritur vt agens ex ea, sit Camerae immediate subiectus.*
2 *Iurisdictio per tacitum consensum partiũ prorogata esse videtur.*
3 *In iurisdictione proroganda sufficit tacitus consensus.*
4 *Iurisdictio quando tacito consensu prorogari dicatur.*
5 *Actio pignoratitia directa datur debitori, eiusdemque heredibus contra creditorẽ eiusq; heredes, debito omnino exsoluto, ad restituendam rem pignori datam.*
6 *Actio pignoratitia actori prius non competit, quam totum debitum sit persolutũ.*
7 *Actio pignoratitia non est realis, sed personalis.*
8 *Mens disponentium considerari debet, tanquam caussa finalis.*
9 *Verba* Vollwort vnd Will *quid denotent.*
10 *Concessio reluitionis eius, quod pure venditum est species est alienationis.*
11 *Aliud est ius reluendi concedere, aliud concedenti illud ius consentire, aliud itẽ est consentire aliud contrahere. n. 12.*
13 *Praesens & tacens, nec pretium recipiens, nec subscribens, non videtur consentire.*
14 *Praesens est quandoque & consentiens tacite vel expresse, nec tamen pretium, vel partem pretii recipit, tunc non tenetur de euictione, sed bene praeiudicat sibi in iure quod habet in re.*
15 *Meum quod semel factum est, amplius meum fieri non potest.*
16 *Emtio rei suae est nulla.*
17 *Exceptio de praescriptione est litis finita.*
18 *Iuri offerendi praescribi non potest.*
19 *Requisita valide emtionis probata esse praesumuntur, si de consensu contrahentium constet.*
19 *Exceptio in facto est in iure releuans.*
20 *Requisita praescriptionis longissimae sunt titulus, bona fides, ac continua possessio.*
21 *Titulus non requiritur in longissimi temporis praescriptione, sed tantum bona fides, etiamsi contra Ecclesiam ea opponatur.*
22 *Praescriptio statutaria titulum non requirit.*

23 Prae-

23 *Bona fides in praescriptione 30. annorum de iure ciuili non requiritur: secus de iure Canon.*
24 *Conscientiam habens rei alienae censetur esse in bona fide, etiamsi iniustis & temerariis rationibus quis inductus fuerit.*
25 *Bona fides in dubio praesumitur.*
26 *Mala fides praesumta non potest nocere ipsius successoribus, quin ex eorum persona propria potuissent praescribere.*
27 *Possessio continuata a principio vsque ad finem, etiam de medio tempore praesumitur.*
28 *Emtor praesumitur possedisse ex titulo emtionis praeambulo.*
29 *Tempori immemoriali probando sufficit tempus 100 annorum.*
30 *Possessio quando praesumtiue probetur.*
31 *Praescriptio centenaria tollit omne ius & contra quoscunque, etiam aduersus Rom. Ecclesiã & Imperatorẽ habet vim legitimi constituti tituli & priuilegii.*
Praescriptio centenaria praeualet statuto, & ex eo oritur praesumtio iuris & de iure.
32 *Contra praescriptionem centenariam non datur restitutio in integrum.*
33 *Conditione non existente, venditio est inualida.*
34 *Feudum cum sciente domino venditur, & is non contradicit, tunc praesumitur consentire.*
35 *Diuturnitas temporis, videl. 100. annorũ, facit praesumi omnia solemniter esse acta.*
36 *Consensus tacitus, si sit minus sufficiens, opus est expresso.*
37 *Re de mea pro libitu disponere possum.*
38 *Fundans se in aetate, debet eam probare.*
39 *Sigilli proprii appensio in aetate pupillari, vel minori fieri non solet.*
40 *Filius ratificat contractum per patrem, initum.*
41 *Ratificatio facit contractum inexpugnabilem.*
42 *Officium iudicis competit pro iure dicendi contractum nullum.*
43 *Sigillans tanquam tutor, praesumitur legitime constitutus, idq; propter diuturnitatem temporis.*
44 *Paria sunt pretium soluere, vel pignoribus satisfacere.*
45 *Interpellatus nunquam de solutione, non cogitur offerre pretium.*
46 *Defectus omnis tollitur propter cursum 100 annorum.*
47 *Feudum in praeiudicium agnati non potest alienari.*
48 *Pater filio praeiudicare potest in feudo hereditario.*
49 *Tertius longissimo tempore, scilic. 30. annorum potest praescribere feudum contra vasallum ratione vtilis dominii.*
50 *Praescriptio currit etiam contra nondum natum, descendentem ab alienante.*
51 *Ius tertii non est penitus exclusiuum iuris reorum.*
52 *Actor non habens mandatum pro aliquo agendi non est audiendus.*
53 *Tertius potest praescribere contra dominũ directi dominii, & nu. 54.*
55 *Sententia inter alios lata, aliis nihil praeiudicat.*

IN NOMINE Domini. Amen.

QVOD attinet ad processum, primum omnium offert se quaestio: An camerae iurisdictio sit fundata, cum ex actis sit manifestum, decanum & Capitulũ ecclesiç Cathedral. Asterb. egisse ex Imper. Const. super l. diffamari contra Comitem de Rastatt/ quod capitulum nõ immediate Imperio, sed Archiepiscopo est subiectum, verum d. constitutio requirit ꝙ agens † ex d. l. diffamari sit Camer. immed. subiectus. Ergo concludendum videtur, Camer. ab initio non fuisse in iurisdictione fundatam, cum capitulum debuerit coram suo iudice, hoc est, Archiepiscopo contra Comitem l. diffamari remedium intentare. Sed praemissis non obstantibus contrarium concludo.

Primo namq; constat ex citatione, quod Archiepiscopus sit a Capitulo requisitus, qui cum caussa ipsum concerneret, illam remisit ad Cameram, & sic mediante remissione Came. iurisdictionem fundatam esse non est dubium.

Secundo facit, quod Comes de Rastatt in puncto diffamationis nihil excepit contra defectum iurisdictionis, sed statim actionem, hoc est, diffamationis caussas produxit, & rei sine vlla exceptionum fori declinatoriarum oppositione litem negatiue sont contestati. Sicque per tacitum † cõsensum ambae partes censentur progasse iurisd. Cam. per ea quae notat Ias. *in l. si conuenerit, nu. 2. de iurisd. & Abbas in c. 1. nu. 18. de iudic.* Et ꝙ in proroganda † iurisdictione sufficiat tacitus cõsensus, late firmat. Mar. Soc *in c. signifi. nu. 37. de for compet.* vbi dicit illud cõmuniter concludere *DD. in c. si diligenti eod. tit.* Dupliciter autẽ tacito cõsensu dicitur prorogari † iurisdictio, videlicet cũ quis exceptiones peremtorias apponit, omissis dilatoriis, vel si litẽ contestatur. *Ba. in d. l. si conuenerit, nu. 3.* & post litis contestationem non potest amplius recusare iudex, *per text in l. sed etsi susceperit, in prin. & ibi gl. & DD. de iudi. Bald in margarita sub verb. prorogatio, late Ant. de Matth. in tr. de proroq.*

iurisdict num. 12. versi veniamus ad tacitam, fol. 8. col. 3. Ex quibus cōcludo, iurisdictionē Cameræ fundatam, & quoad processum attinet, me nihil desiderare.

Ad merita caussæ accedentes tractabimus septem puncta. 1. Qua actione actum. 2. An competierit. 3. Quod si sit, an probata. 4. Si probata, an rursus elisa. 5. Si apparebit elisam, an exceptiones reorum per actoris replicationes sint refutatæ. 6. Quid pronuntiandum. 7. An Duces SS. tanquam prætensi domini direct. fundi controuersi ante publicationem sententiæ propter eorum præiudicium, sint citandi.

Quod attinet ad primum membrum, ex articulis libelli eiusque petitione, atq; adeo actoris assertione constat, directam actionem pignoratitiam institutam, quæ 5 † datur debitori eiusdemque heredibus, contra creditorem eiusq; heredes, debito omnino exsoluto, ad restituendam rem pignori datam, *l. 9. § omnis. de pign. act. pract. Ferr. in for. libell. act. pign. Ang. in §. actionum num. 59. Institut. de act.* Si quis malit ei dare actionem vtilem pignoratitiam, ratione vtilis dominii, quod in controuerso fundo Castri Schönkirchen/ habere se contendit, non multum repugnauerim, *per l. rem alienam, §. is quoque de pign. act.* Ex quibus concludo directa vel vtili pignoratitia actum.

An competierit?

Hic de tribus videndum. 1. An oblatio, consignatio & depositio pecuniæ debitæ ab actore Reis rite sit facta. 2. An instituta actio contra Reos tanquam tertios possessores, prout se esse contendunt, competierit. 3. An huic actioni sit præscriptum per tempus longiss. Nam hæc tria ante litis contestationem, ad impediendum processum, tanquam exceptiones intentionis & litis finitæ, de quibus *Bart. in l. 2. de except. Bald. & Sal. in l. nec intentio. C. de transact.* & etiam post litis contestat. ob merita caussæ obiecit & reseruauit, quod facere potuit non attento, quod fuerint reiectæ ante litis contestationem, & reseruatæ post litis contestationem proponenda, *Bart. in l. nam postea quam. de iur. ei. C. in c. 1. de lit. contest. in 6.* Ideo putarim commodius in hoc secundo membro de iis tractari posse.

Quod igitur ad primum attinet, certum 6 est actori actionem † pignor. prius non cōpetere, quam totum debitum sit persolutum, *d. l. 9. §. omnis. de pign. act.* & casu, quo recuset creditor pecuniam accipere, fiat consignatio & depositio *l. acceptum, & ibi DD. Cod. de vsur. & in l. obsignatione. Cod. de solut.*

Ceterum hic quidem constat, oblationem debitæ pecuniæ Reis factam cōngruo loco & tempore, iuxta tenorem literarum reuersalium, in quibus actor se fundat: sed quia Rei accusarunt pecuniam accipere, & actor asserit, se illam apud senatum Wittē. deposuisse videamus an hoc sit probatum? Et breuiter concludo illud sufficienter non esse probatum, & factum esse a Reis constanter negari, atque hinc sequi actori actionem non competere, nisi doceat allegatam depositionem pecuniæ factam esse, *per iura supra adducta, quibus addo Boer. in consi. Bituricens. tit. de retr. lignag. §. 4.* Neq; enim hoc casu sufficit sublationem prædicto modo factam esse, extraiudicialiter, & Reos recusasse pecuniam accipere. *l. acceptam. §. 1. ibi gloss. verb. recte agitur, de pign. act. l. nec creditor. in fine, C. eod. l. 1. de liberatur, quibus mod. pign. vel hyp. Neguz. de pign. par. 2. memb. 3. 5. par. pr. nu. 12. & seq. Boer. decis. 124. nu. 22. & seq. p. t.*

Verum quia in euentum actor ad hoc probandum petiit compulsoriales, potest illi hac ratione subueniri, casu quo nullis aliis obstantibus sententia pro eo ferenda esset.

Quoad secundum membrum, contendunt Rei se controuersum Castrum ab A. emisse, & sic tanquam tertios possessores censendos, ideoque hanc actionem non contra se, sed contra Archiepiscopum cō- petere. Est enim pignoratitia actio † non 7 realis, sed personalis, *l. fin. C. de distract. pign. Rosf. in form. libel. de pign. act. Angel. in a §. actionum, num. 61. Institu. de act. Bart. & alii in l. pignoris. Cod. de pignor. act. Neguz. d. loc. membr. 2. 7. p. pr. nu. 1. & 2.*

Etsi autem Rei in literis reuersalibus sint nominati, & vna illas sigillarunt, cum affirmant id factum esse tantum ad præbendum Episcopo reluitionem Castri Schönkirchen/ concedenti consensum nudum. Nō autem se principaliter vna cum ipso obligarint, atque hoc petere ex tenore Reuersalium datarum, Anno, &c. 1417. quas literas Actor pro fundanda sua intētione producit.

Incipiunt enim Wir G. G. &c. vigore harum, bekennen für vns/ vnsere Nachkommen/ Ertzbischoffe vnnd Capittel zu Asterburg. Quod si principaliter obligare se voluisset capitulum, tum potius sic dixisset, Wir G. G. &c. Dechandt vnnd Capittel inn gemein/ bekennen/ &c. Itaque ex hoc procœmio satis colligitur, quæ fuerit † mens di- 8 ponentium, idq; debet cōsiderari tanquā caussa finalis, *l. vt liberis, & ibi Bald. in 1. not. C. de collat.*

Et clarius hoc in fine Reuersalis liquet, ibi,

ibi, Wir Thumprobst/ Dechandt vnnd Capittel in gemein/ bekennen/ daß alle vorgeschriebene Stück mit vnserm Vollwort vnd Willen geschehen seyen/ verba illa, Vollwort 9 † vnd Willen/ denotat Capitulum Episcopo consensisse duntaxat, ideoque præcedentia declarare & restringere debent. *argum. l. si seruus plurium, §. fin. & l. qui filiabus. §. 1. de leg. 1. Dec. consi. 122.*

Et si quis quærat, quorsum Episcopo fuerit opus cōsensu capituli? Respondetur, cū 10 cōcessio † reluitionis eius, quod pure venditum est, sit species alienationis, non potuit Episcopus sine cōsensu Capituli illam facere & concedere, *l. iubemus, la. 1. in prin. & ibi DD. Cod. de SS. Eccles. capit. nulli. de reb. Eccles. non alien.* Idque moribus vbique in Germania obseruari notum est. Quod si ita sit, videtur dicendum, Reos hac 11 actione non teneri, cū aliud † sit ius reluendi concedere, aliud concedenti illud ius consentire, *argum. l. aliud. De R. I.* Vnde etiam DD. concludunt, quod vendenti, nō autem consentienti detur remedium, *l. 2. Cod. de rescind. vend. vt ibi ait. Bald. num. 24. quem sequitur Dec. in d. l. aliud.* Huc facit 12 quod dicitur, aliud esse † consentire, aliud contrahere, *Bald in rubr. Cod. de pact. in fin.* Itaque nostro casu Capitulum non tam concedere reluitionem Castri Schönkirchen/ quam non impedire Episcopum concedentem eam velle intelligitur, *argu. tex. l. 4 §. fin. de manumiss.*

Præterea facit, quod ex actis non constat Reos vnquā possedisse Castrū Schönkirchen/ priusquam illud a Cardinale A. emerunt, nec quid pretium factæ prius venditionis puræ participarūt. Ergo hac actione conueniri nō possunt, *arg. eius quod tradit Bar. in l. quidam, de euict.* vbi tres ponit casus. Primus est, quādo quis est præsens, & 13 tacens, † nec pretium recipiens, nec subscribens, tunc non videtur consentire. *l. Caius. de pig. act. l. sicut. §. non videtur, quib. mod. pig.* Quandoque est præsens & consentiens 14 tacite † vel expresse (vt hic) nec tamē pretium vel partem pretii recipit, tunc non tenetur de euictione, sed bene præiudicat sibi in iure, quod habet in re, *d. l. aliud, de R. I.* Huc etiam pertinet, quod Salyc. & alii tradunt, *in d. l. Caius. de pignor act.*

Ad hęc si tempore facti pacti reluitionis Capitulū pro dimidia parte Castrū Schönkirchen habuisset, verisimile non est, quod postea alteram dimidiam partem a Cardinale tam care emissent. Non enim quod se15 mel meum est, potest amplius † meum fie16 ri, nec † valet emtio rei suæ, *l. si in emtione §. rei sua de contrah. emt.*

Ex prædictis rationibus videtur non male concludi posse, actionem contra Capitulum tanquā tertius possessores non cōpetere, quod tamen iudicio dominorum commitro. Nā non desunt argumenta, quibus etiam euinci posset, capitulum principaliter se obligasse, & credo huic exceptioni, non satis tuto nos inniti. Restat vt videamus de 3. exceptione, de † præscriptio- 17 ne, quæ quidem est litis finitæ. *Bart in l fratris. C. de transact.* Contendunt autem Rei, se non solum per 30. aut 40. sed etiam 100. ann. præscriptionem tutos esse. Quæstio in hoc versatur, *an iure † offerendi possit præ-* 18 *scribi*, quæ quidem varie a DD. disputatur, sed negatiua, scilicet non pręscribi in Cam. multis præiudiciis est confirmata, ideoque ab ea non recedo. Et ex prædictis cōcludo, actori actionem institutam cōpetiisse, modo probet, (prout se facturum offert) consignationem & depositionem pecuniæ debitæ ritæ factam.

Ad tertium membrum accedendo, videamus, an intentio actoris sit probata? Sed breuiter concludo, esse probatam per reuersales literas Archiepiscopi GG. quas Reorum Syndicus recognouit, in quibus Comiti BB. ius reluendi d. Castrū Schönkirchen ab Archiepiscopo & Capitulo conceditur. Addo tamē hoc casu nihilaminus etiam consignationem & depositionem, apud Sommerberg factam esse, probari oportere.

Quartum membrum, præter supradictas exceptiones intentionis & litis finitæ rei potiss. opponūt tres: 1. est exceptio vel venditæ 2. Act. rem heredē proaui & aui suorum, qui d. Castrum Schönkirchen vendiderunt, ideoq; eum teneri d. venditionem ratam habere. 3. Longissimi temporis pręscriptio iuris communis & Sax.

Quod ad 1. exceptionem attinet, asserūt rei Episcopum GG. vtile dominium Castri Schönkirchē a BB. Comite in Rastatt/ (qui illud a dominis in Rupersburg accepit) emisse, An. &c. 1417. eumque contractum ratum habuisse, d. BB filium GG. ac d. Archiepiscopo, Ann. &c. 1430. de nouo pure vendidisse. Præterea d. Episcopum GG. directū dominiū emisse a GG in FF. An. &c. 1430. Atq; hæc quidem exceptio per documenta producta probata est, quorum etiam sigilla actoris procurator recognouit. Cum igitur hic constet de consensu contrahentium, de pretio certo scilicet 6000. Schocken/ Item de re certa, scilicet Castro Schönkirchen/ dubium non est requisita validæ † emtionis probata esse, *l. si volunta-* 19 *te. C. de rescind. vend. Sox. consi. 208. visis actis. num. 1.* Concludo hanc exceptionem probatam.

Secunda exceptio est, quod actor sit heres proaui sui BB. & aui GG. alienantium d. Castrum Schönkirchen / ergo teneri eum ratum habere ipsorum factum. Hæc exceptio in facto est probata, per 7. 8. & 9. posit. actoris. In iure v. † hæc exceptio relevans est, *per l. cum a matre, C. de R. V. l. venditrici. C. de reb. ad. non al. l. ex qua persona de R. I. l. vindicantem de eu.* Vnde quemadmodũ GG. auus actoris si viueret, nõ posset cõueuire, ita nũc multo minus ipsius nepos actor, *per ea qua tradit Card. n. Parif. consil. 83. num. 17. vol. 1. Dec. consil. 181 num. 7.* Præterea cõstat ex literis venditionis GG. quod etiam teneatur vigore d. contractus literas cõficere Archiepiscopo & Capitulo, & veteres, si quas habet, reddere.

19

Tertia exceptio est, quod rei titulo emtionis præcedente, per longissimi temporis præscriptionem, secũdum ius cõmune & Sax. sint tuti. Videndum igitur an requisita præscriptionis † longissimæ scilicet titulum, bonam fidem, ac continuam possessionem probarint.

20

Quod ad titulum attinet concludo eum satis probatum esse, per productas & ab actoris procuratore recognitas literas, iuxta ea quæ in 1. exceptio. modo dicta fuerunt. Per istum a. titulum venditionis factæ, & a Comitibus a Rastatt & ab Abba. in FF. si venditores fuerunt d. mini d. castri, mediante traditione translatum fuit dominium, *§. per traditionem Instit. de diu. rerum l. traditionibus. C de pactis.* Si vero a non dominis Archiepiscopus emit, tunc transtulerunt vsucapiendi conditionem in emtores, *per l. clausibus in fi. de contrah. emt. de quo infr latius dicemus.*

Ceterum cum hic simus in longissimi tẽporis præscriptione videlicet 30. vel 40. ann. non † requiritur titulus, sed tantum bona fides, etiamsi contra ecclesiam ea opponatur. *c. de quarta, c. ad aures, c. si diligenti, c. vlt. de prascript. vbi Abb. Fel. & alii.* Quod multo magis procedit in præscriptione cẽtenaria. *Phil. Franc. in c. 1. nu. 3. de prascript. in 6.* Præterea præscriptio statutaria † (vt hic Saxonica) non requirit titulum. *Bald. in l. 2. num. 2. C. de prascript. 30. ann. Fel. in d. ca. si diligenti. num. 8. Balb. in repet. l. Celsus. nu. 3. de vsucap.* Ex quibus concludo 1. requisitum scilicet titulum esse probatum.

21

22

Quod attinet ad secundum requisitum, distinguendum est inter ius † ciuile & Canon. illud bonam fidem in præscript. 30. ann. minime, hoc autem omnino requirit, ideoque propter conscientiam est sequendum, *c. fin. de prascript. DD in c. possessor, de R. I. in 6.* His præmissis puto Archiepiscopum GG. emendo castrum a Comitibus de Rastatt & Abba. fuisse in bona fide, præsertim ab Ann. 1470 siquidem non habuit conscientiam rei alienæ, ergo in bona fide fuit, *per ea qua not. Abb in d. c. fi. nume. 3. de prascript. Ba. b. de prascript. 2 par. 3 princ. num. 1.*

23

Quod autem † non habens conscientiam rei alienæ, censeatur esse in bona fide, adeo verum est, vt etiam procedat, si iniustis & temerariis rationibus quis inductus fuerit. *glo. sing in l. 1. verb. recessit, C. vbi causa fi. agi deb. Alci. de prasumt. regu. 3. pras. 5. nu. 1. & seq.*

24

Vbi communem dicit. nec obstat, quod prima emtio celebrata fuit sub conditione, si Duces SS. consentirent, vt quæ demonstrabitur. Præterea facit quod in dubio † bona fides præsumitur. *Tiraq. tr. de prascrip. § 1 gloss. 2.* Quod indubitanter procedit, si præscribens habeat iustum titulum, vt rei nostri ex empto. *Alci. prasum. 5.* Quod cum ita sit, debuit actor malam fidem probare, *Abb. d. c. fi. nu. 5. 6. de prascrip. Fel. in d. c. si diligenti. nu. 5. eod.*

25

Ceterum dato GG. emtorem fuisse in mala fide præsumta, eo ipso, quod emit castrum feudale sine consensu domini directi, tamen † ea non posset nocere ipsius successoribus, quin ex eorum persona propria potuissent præscribere, *per ea qua not. Castre. in l. nunquam. la. 2. in princi. de vsur. Alexand. in l. Pomponius. §. cum quis. nume. 22. de acquir. poss. Socin. consil. 76. numer. 99. par. 1.* Concludo bonam fidem etiam esse probatam.

26

Tertium requisitum probatum per responsionẽ Actoris ad 42. art. defens. qui habet, quod Archiepiscopi & Capitulum Castrum Schönkirchen / vltra 127. ann. possederint.

Nec obstat, quod actor obiicit reos eorumque prædecessores possedisse, vti pignus: Nam obligatio pignoris fuit sublata per subsecutum contractum emtionis, postea bis subsecutum, quo tempore etiam Archiepiscopus in possessione fuit, præsumitur † igitur etiam medio tempore in ea fuisse, *Bart. in l. sicut. §. supervacuum, num. 7. quibus mod pig. vel hyp. ca. inter dilectos, vbi Abb. & Fel de fide instr. Alci. de pras. reg. 2. pras. 22.* Nec ad rem facit, quod rei possederunt rem alienam scilicet pignus & sic non potuerunt præscribere. Nam cum emerint Castrum a Comite BB. præsumuntur † hactenus possedisse ex illo titulo emtionis præambulo, *per text. in l. 1. §. 1. de except. rei vend. l. 2. Cod. de acquir. poss. not. in l. quadam mulier, de R. V.* præsertim adminiculante cursu 100. & plurium ann. quibus venditorum heredes d. contractum emtionis non impu-

27

28

pugnarunt. Concludo præscr. 30. vel 40. ann. esse probatam.

Cum rei etiam se fundant in centenaria præscriptione vel temporis immemorialis, deinde videndum. 1. Utrum allegata præscriptio sit probata. 2. Si probata sit, quid ea Reis prosit.

Quod ad primum attinet, in iure præmitto crebriori DD. Calculo receptum esse, quod ad probandum † tempus immemoriale sufficit probare tempus 100. ann. *Cep. de seru. urb. cap. 19. num. 5. Balb. de præscr. pt. 2 par. 5 p prin. 9. 6 nu. 24. de quo etiam videndus Covarr. in c. possessor. §. 3. nume. 7. de R. I. in 6.* Hoc promisso concludo 100. ann. præscriptionem a Reis probatam esse, eo ipso quod probarunt se ab Ann. &c. 1430. usque ad Ann. 1543. & directum & utile dominiū d. Castri Schönkirchen / quiete possedisse, hoc autem casu etiam † præsumtiua probatio sufficit. *Abb. in cap. cum nobis, & ibi Fel nu 8. de præscrip.* De effectu vero huius præscriptionis † sic habēdum est, quod tollat omne ius & currat contra quoscunque, etiam aduersus ecclesiam Romanā & Imp. *c. ad audientiam, ubi Alber. num. 12. & Fel. nu. 12. de præscript. Mar. Soc. cons. 6. nu. 6. lib 3. Chass. consi. 66. nu. 28.* & habet vim tituli legitime constituti & priuilegii. Quod adeo verum est, ut si statuto, vel priuilegio sit indultū, quod nulla debeat obstare præscriptio, hoc tamen de centenaria nō sit accipiendum. *Mar. Soc. consi 115. nume. 29. lib. 2. Boer. decisio. 39. nume. 11. & 12. lib. 1.* Et ex hac præscriptione oritur præsumtio iuris & de iure *Fe. in d. cap. cum nobis. numer. 7* Ideoque contra eam † non datur restitutio in integrum. *Soc. d. consi. 115. numer. 45. lib. 2.* Concludo Reos per præscriptionem cētenariā omnino tutos esse, & per hasce exceptiones intentionem Actoris esse elisam.

Superest ut quinto loco videamus, an per replicas Actoris Reorum exceptiones sint sublatæ.

1. Replica est, vēditionem Castri Schönkirchen / a Comite BB. factam fuisse conditionalem, scilicet si Duces SS. directi domini feudi consentirent, quæ † conditio, cum non exstiterit, venditionem esse inualidam, *l. si donaturus, de condict. ob. ca. l. 1. de donatione, l. necessario. § quod si de pericul. & commod. rei.* Secundo GG. contractum esse nudam confirmationem contractus primi. Ergo latius illam non extendendam, quam ipsum contractum, qui confirmatur. 3. dictam venditionem Comitis GG. esse nullam propter defectum in forma & substantia contractus, de quibus defectibus supra est dictum. 4. Quod Comes GG. non potuerit d. Castrum Schönkirchen alienare in præiudicium agnatorum nondum natorum. 5. Quod alienatio inualida fuerit facta, in fraudem Ducum SS. dominorum directorum. 6. Quod quia contractus est inualidus, Rei tanquā malæ fidei possessores non potuerint præscribere. Quod attinet ad primam replicam actoris, etsi non negarim de expresso consensu Ducum SS. in actis nihil cōstare, tamen quia hic sumus in antiquis, & de eorum dissensu nullibi constat, cēsentur tacito consensu contractum approbasse. Nam quando feudum † sciente domino venditur, & is non contradicit, tunc præsumitur consentire. *gl. c. 1. verb permissione, de prohib. feud. al. per Loth.* Et temporis videlicet 100 ann diuturnitas † facit præsumi omnia solemniter esse acta. *Mat. sing. 12. nu. 4. & 5. & ibi addit. nu. 8.* Ceterum sicuti tacitus ille consensus minus sufficiens videbatur, cum † forte opus sit expresso, *per gloss. in l. 1. verb. nec unquam de don.* Certe ex partium confessione constat, dicti Duces, quorum consensus requirebatur, non multo post contractum inter Comitem BB. & Episcopum GG. initum decessisse, & dominium directū d. Castri Schönkirchen ad Abbatē reuersum, de quo † pro libitu disponere potuit, *per c 1 de success. frat. Bald in c. 1. § qui esset Episcop. vel Abb. Paris. consi. 23. numer. 60. & consi. 101. numer. 31. lib. 1. Soc Iun. consi. 103. num. 1. volum. 2.* Et quod post mortem horum Ducum SS. non fuerit amplius feudum SS. ex eo colligitur, quod Comites de Rastatt illud nunquam a modernis principibus SS. acceperint, quod sane necessarium fuisset *per text. & ibi DD. in cap. unic. quo tempore mil.* Ex quibus omnibus sequitur, quod cum Archiepiscopus emerit directum dominium ab Abbate, ad quē post mortem SS. reuersum fuit, quod non opus fuerit consensu Ducum SS. Huc accedit, quod Episcopus GG. postea a domino BB. Comite in Rastatt / emit utile dominium d. Castri Schönkirchen / & sic utile dominium cum directo fuit consolidatum. Unde etiamsi prior contractus, tanquam sub cōditione cum Comite BB. initus fuisset nullus conditione non existente, tamen quia Comes GG postea pure vendidit utile dominiū Archiepiscopo, postquam Abbatissa directum dominium in eum iam transtulisset, manifestum est, quod nullo consensu amplius opus fuerit, & sic caussa impediens scilicet conditio de consensu Ducum SS. per venditionem ab Abbatissa facta est sublata, & caussa confirmans superueniens contractum ab initio inualidum confirmauit. *per ea quæ tradit Bald. in capitul. unico. §. primo, numero 20. de prohibitione,*

Secunda exceptio est, quod actor sit heres proaui sui BB. & aui GG. alienantium d. Castrum Schönkirchen / ergo teneri eum ratum habere ipsorum factum. Hæc exceptio in facto est probata, per 7. 8. & 9. posit. actoris. In iure v. † hæc exceptio relevans est, *per l. cum a matre, C. de R. V. l. venditrici. C. de reb. ad. non al. l. ex qua persona de R. I. l. vindicantem de eu.* Vnde quemadmodū GG. auus actoris si viueret, nō posset cōueuire, ita nūc multo minus ipsius nepos actor, *per ea quæ tradit Card. n. Paris. consil. 83. num. 17. vol. 1. Dec. consil. 181 num.* 7. Præterea cōstat ex literis venditionis GG. quod etiam teneatur vigore d. contractus literas cōficere Archiepiscopo & Capitulo, & veteres, si quas habet, reddere.

Tertia exceptio est, quod rei titulo emtionis præcedente, per longissimi temporis præscriptionem, secūdum ius cōmune & Sax. sint tuti. Videndum igitur an requisita præscriptionis † longissimæ scilicet titulum, bonam fidem, ac continuam possessionem probarint.

Quod ad titulum attinet concludo eum satis probatum esse, per productas & ab actoris procuratore recognitas literas, iuxta ea quæ in 1. exceptio. modo dicta fuerunt. Per istum a. titulum venditionis factæ, & a Comitibus a Rastatt & ab Abba, in FF. si venditores fuerunt domini d. castri, mediante traditione translatum fuit dominium, *§. per traditionem Instit. de diu. rerum l. traditionibus. C. de pactis.* Si vero a non dominis Archiepiscopus emit, tunc transtulerunt vsucapiendi conditionem in emtores, *per l. clausibus in fi. de contrah. emt. de quo infr latius dicemus.*

Ceterum cum hic simus in longissimi tēporis præscriptione videlicet 30. vel 40. ann. non † requiritur titulus, sed tantum bona fides, etiamsi contra ecclesiam ea opponatur. *c. de quarta, c. ad aures, c. si diligenti, c. vlt. de præscript. vbi Abb. Fel. & alii.* Quod multo magis procedit in præscriptione centenaria. *Phil. Franc. in c. 1. nu. 3. de præscript. in 6.* Præterea præscriptio statutaria † (vt hic Saxonica) non requirit titulum. *Bald. in l. 2. num. 2. C. de præscript. 30. ann. Fel. in d. ca. si diligenti. num. 8. Balb. in repet. l. Celsus. nu. 3. de vsucap.* Ex quibus concludo 1. requisitum scilicet titulum esse probatum.

Quod attinet ad secundum requisitum, distinguendum est inter ius † ciuile & Canon. illud bonam fidem in præscript. 30. ann. minime, hoc autem omnino requirit, ideoque propter conscientiam est sequendum, *c. fin. de præscript. DD in c. possessor, de R. I. in 6.* His præmissis puto Archiepiscopum GG. emendo castrum a Comitibus de Rastatt & Abba credidisse in bona fide, præterea ab Ann. 1470 siquidem non habuit conscientiam rei alienæ, ergo in bona fide fuit, *per ea quæ not. Abb. in d. c. fi. nume. 3. de præscript. Ba. b. de præscript. 2 par. 3 princ. num. 1.*

Quod autem † non habens conscientiam rei alienæ, censeatur esse in bona fide, adeo verum est, vt etiam procedat, si iniustis & temerariis rationibus quis inductus fuerit. *glo. sing. in l. 1. verb. recessit, C. vbi causa stat agi deb. Alci. de præsumt. regu. 3 præs. 5. nu. 1. & seq.*

Vbi communem dicit, nec obstat, quod prima emtio celebrata fuit sub conditione, si Duces SS. consentirent, vt quæ demonstrabitur. Præterea facit quod in dubio † bona fides præsumitur. *Tiraq. tr. de præscrip. § 1 gloss. 2.* Quod indubitanter procedit, si præscribens habeat iustum titulum, vt rei nostri ex empto. *Alci. præsum. 5.* Quod cum ita sit, debuit actor malam fidem probare, *Abb. d. c. fi. nu. 5. 6. de præscrip. Fel. in d. c. si diligenti. nu. 5. eod.*

Ceterum dato GG. emtorem fuisse in mala fide præsumta, eo ipso, quod emit castrum feudale sine consensu domini directi, tamen † ea non posset nocere ipsius successoribus, quin ex eorum persona propria potuissent præscribere, *per ea quæ not. Castren. in l. nunquam. la. 2. in princi. de vsuc. & Alexand. in l. Pomponius. §. cum quis. nume. 22. de acquir. poss. Socin. consil. 76. numer. 99. par. 1.* Concludo bonam fidem etiam esse probatam.

Tertium requisitum probatum per responsionē Actoris ad 42. art. defens. qui habet, quod Archiepiscopi & Capitulum Castrum Schönkirchen / vltra 127. ann. possederint.

Nec obstat, quod actor obiicit reos eorumque prædecessores possedisse, vti pignus: Nam obligatio pignoris fuit sublata per subsecutum contractum emtionis, postea bis subsecutum, quo tempore etiam Archiepiscopus in possessione fuit, præsumitur † igitur etiam medio tempore in ea fuisse, *Bart. in l. sicut. §. superuacuum, num. 7. quibus mod. pig. vel hyp. ca. inter dilectos, vbi Abb. & Fel. de fide instr. Alci. de præs. reg. 2. præs. 22.* Nec ad rem facit, quod rei possederunt rem alienam scilicet pignus & sic non potuerunt præscribere. Nam cum emerint Castrum a Comite BB. præsumuntur † hactenus possedisse ex illo titulo emtionis præambulo, *per text. in l. 1. §. 1. de except. rei vend. l. 2. Cod. de acquir. poss. not. in l. quædam mulier, de R. V.* præsertim adminiculante cursu 100. & plurium ann. quibus venditorum heredes d. contractum emtionis non impu-

pugnarunt. Concludo præscr. 30. vel 40. anni. esse probatam.

Cum rei etiam se fundant in centenaria præscriptione vel temporis immemorialis, d...dis videndum. 1. Vtrum allegata præscriptio sit probata. 2. Si probata sit, quid ea Reis prosit.

Quod ad primum attinet, in iure præmitto crebriori DD. Calculo receptum esse, quod ad probandum † tempus immemoriale sufficit probare tempus 100. ann. *Cep. de seru. vrb. 1. cap. 19. num. 5. Balb. de præscr pt. 2 par. 5 p prin. 9. 6 nu. 14. de quo etiam videndus Couarr. in c. possessor. §. 3. nume. 7. de R. I. in 6.* Hoc promisso concludo 100. ann. præscriptionem a Reis probatam esse, eo ipso quod probarunt se ab Ann. &c. 1430. vsque ad Ann 1544. & directum & vtile dominiũ d. Castri Schönkirchen / quiete possedisse, hoc autem casu etiam † præsumtiua probatio sufficit. *Abb. in cap. cum nobis, & ibi Fel. nu 8. de præscrip.* De effectu vero huius præscriptionis † sic habẽdum est, quod tollat omne ius & currat contra quoscunque, etiam aduersus ecclesiam Romanã & Imp. *c. ad audientiam, vbi Alber. num. 12. & Fel. nu. 22. de præscript. Mar. Soc. consi. 6. nu. 6. lib 3. Chass. consi. 66. nu. 28.* & habet vim tituli legitime constituti & priuilegii. Quod adeo verum est, vt si statuto, vel priuilegio sit indultũ, quod nulla debeat obstare præscriptio, hoc tamen de centenaria nõ sit accipiendum. *Mar. Soc. consi 115. nume. 29. lib. 2. Boer. decisio. 59. numer. 11. & 12. lib. 1.* Et ex hac præscriptione oritur præsumtio iuris & de iure *Fe yn d. cap. cum nobis. numer. 7.* Ideoque contra eam † non datur restitutio in integrum, *Soc. d. consi. 115. numer. 45. lib. 2.* Concludo Reos per præscriptionem cẽtenariã omnino tutos esse, & per hasce exceptiones intentionem Actoris esse elisam.

Superest vt quinto loco videamus, an per replicas Actoris Reorum exceptiones sint sublatæ.

1. Replica est, vẽditionem Castri Schönkirchen / a Comite BB. factam fuisse conditionalem, scilicet si Duces SS. directi domini feudi consentirent, quæ † conditio, cum non exstiterit, venditionem esse inualidam, *l. si donaturus, de condict. ob. ca. l. 1. de donatione, l. necessario. § quod si de pericul. & commod. rei.* Secundo GG. contractum esse nudam confirmationem contractus primi. Ergo latius illam non extendendam, quam ipsum contractum, qui confirmatur. 3. dictam venditionem Comitis GG. esse nullam propter defectum in forma & substantia contractus, de quibus defectibus supra est dictum. 4. Quod Comes GG. non potuerit d. Castrum Schönkirchen alienare in præiudicium agnatorum nondum natorum. 5 Quod alienatio inualida fuerit facta, in fraudem Ducum SS. dominorum directorum. 6. Quod quia contractus est inualidus, Rei tanquã malæ fidei possessores non potuerint præscribere. Quod attinet ad primam replicam actoris, etsi non negarim de expresso cõsensu Ducum SS. in actis nihil cõstare, tamen quia hic sumus in antiquis, & de eorum dissensu nullibi constat, cẽsentur tacito consensu contractum approbasse. Nam quando feudum † sciente domino venditur, & is non contradicit, tunc præsumitur consentire. *gl. c. 1. verb permissione, de prohib. feud. al. per Loth.* Et temporis videlicet 100. ann diuturnitas † facit præsumi omnia solemniter esse acta. *Mat. sirg. 12. nu. 4. & 5. & ibi addit. nu 8.* Ceterum sicuti tacitus ille consensus minus sufficiens videbitur, cum † forte opus sit expresso, *per gloss. in l. 1. verb. nec vnquam de don.* Certe ex partium confessione constat, dicti Duces, quorum consensus requirebatur, non multo post contractum inter Comitem BB. & Episcopum GG. initum decessisse, & dominium directũ d. Castri Schönkirchen ad Abbatẽ reuersum, de quo † pro libitu disponere potuit, *per c 1 de success. frat. Bald. in c. 1. § qui esset Episcop. vel Abb. Paris. consi. 23. numer. 60. & consi. 101. numer. 31. lib. 1. Soc Iun. consi. 103. num. 1. volum. 2.* Et quod post mortem horum Ducum SS. non fuerit amplius feudum SS. ex eo colligitur, quod Comites de Rastatt illud nunquam a modernis principibus SS. acceperint, quod sane necessarium fuisset *per text. & ibi DD. in cap. vnic. quo tempore mil.* Ex quibus omnibus sequitur, quod cum Archiepiscopus emerit directum dominium ab Abbate, ad quẽ post mortem SS. reuersum fuit, quod non opus fuerit consensu Ducum SS. Huc accedit, quod Episcopus GG. postea a domino BB. Comite in Rastatt / emit vtile dominium d. Castri Schönkirchen / & sic vtile dominium cum directo fuit consolidatum. Vnde etiamsi prior contractus, tanquam sub cõditione cum Comite BB. initus fuisset nullus conditione non existente, tamen quia Comes GG postea pure vendidit vtile dominiũ Archiepiscopo, postquam Abbatissa directum dominium in eum iam transtulisset, manifestum est, quod nullo consensu amplius opus fuerit, & sic caussa impediens scilicet conditio de consensu Ducum SS. per venditionem ab Abbatissa facta est sublata, & caussa confirmans superueniens contractum ab initio inualidum confirmauit. *per ea quæ tradit Bald. in capitul. vnico. §. primo, numero 20. de prohibitione,*

feud. al. per F. id per l. fi. C. de his qui a non do. & l. si quis pro eo. §. si nummos, de fideiuss.

Secunda Actoris Replica etiam nihil obstat. Nam ex contextu literarũ GG. constat, quod promittat se suisque heredibus, quod nolit vnquam petere Castrũ Schönkirchen / & quod velit omnia documenta Castrum Schönkirchen concernentia Archiepiscopo tradere renuntians omni iuri suo &c.

Tertia Replica similiter nihil officit, nam minorennitas Comitis GG. primo, vt requirebatur, non probatur *l. si minorẽ. vbi DD. C. de in integr. rest.*

38 In ætate † enim se fundãs debet eam probare. *c. attestationes de despons. Imp.* Nec obstat, quod in literis venditionis fiat mentio deß Vormunds / quia id concludenter non probat, licet faciat aliqualem præsumtionem, quod fuerit minor siquidem notum sit, quod in Germania principes & Comites post maiorem ætatem adhuc vtantur consilio & auctoritate curatorum, vt constat ex multis caussis in Cam. pendentibus, & præsertim Georgii Frider. March Brandenb & Comitis ab Hanavv, &c. Et quod non fuerit minor, facit coniectura (quæ in antiquis factis multũ operatur) quod proprio sigillo est vsus, quod in ætate † pupil-

39 lari vel minori fieri non solet, quæ coniectura in facto antiquo probando sufficit, *per ea quæ not. Bald consi. 213. in fin. volum. 2.* Et vtut concedamus GG. minorem fuisse, tamẽ certum est, quod contractus eum eo initus validus fuerit, licet læsus potuerit petere restitutionem in integr. *l. 3. ibi DD. C. de in integr. rest. l. fin. C. si aduers.* Huc accedit, quod princeps AA. appellat se Vormünder / vnde cum literæ ab AA. sigillatæ, æquipolleant publico instrumẽto. *Schurff. consi. 67 num. 4. Cent. 2.* quod habet pro se præsumtionem veritatis, quoad contenta in eo. *Paris. consi. 60. num. 6. volum. 1.* dicendum est, satis probatum GG. AA. fuisse curatorem GG. & sic GG. cum auctoritate curatoris valide potuisse obligari. *Schurff. cõsi. 71. nu. 11. cent. 1.*

Additur venditionem esse nullam propter omissam decreti interpositionem. Sed illud non obstat. Nam liquet ex actis BB. Comitem patrem GG. Episcopo GG. ven-

40 didisse, & filium GG. contractum † ratificasse per patrem initum, ergo non fuit opus decreto. *l. magis puto, §. si pupillus, de reb. eorum qui sub tut. l. 3. quan. decr. non est appel. Rom. consi. 394. in fi.* Deinde etiam Comes BB & filius GG. nunquam hunc contractũ impugnarunt, sed ratum habuerunt. Ergo iam actor contrauenire non potest. *l. fin. C. si mai. fac. Cagn. in l. quod ab initio nume. 2. & D. eod. nume. 11. de R. I. & idem consi. 209. num. 4. Bald. consi. 184. numer. 3. volum. 2. & dict. Bald. in l. 1. C. si mai. fac.* quod † ratifi- 41 catio facit contractum inexpugnabilem, *late Dec. consi. 181 nu. 5. Bellon. consi. 18. nu. 16. Paris. cons. 33. nu. 17. lib. 1.*

Ad hæc contractũm fuisse nullum, tamẽ nihil per id iuuaretur actor, cum officio † 42 iudicis, quod competit pro iure dicendi contractum nullum, *iuxt. Bart. in l. quæ sub conditione. §. fi. n. 2. de cond. inst.*) per lapsum 30 ann. esset sublatum, *l. sicut. Lomnum, Co. de prescr. 30. ann.*

Nec obstat quod Rei nõ probarint, principem AA. non fuisse Vormünder Comitis GG. Nam cum sigillauerit † tanquam 43 tutor, præsumitur legitime constitutus, idque propter diuturnitatem temporis, *per ea quæ tradit Bart. Socin. consilio 153. numero 3. volum. 2. quem sequitur Cravet. de antiqu. temp. §. videmus in genere. nu. 37. Alex. consi. 1. nu. 1. vol. 4.*

Similiter non obstat, quod necessitas alienationis non sit probata, quia imo literæ dicunt, Comitem BB. & GG. necessitate compulsos ob belli calamitates alienasse, quæ literæ habent præsumtionem per se, *l. optimam C. de contrah stip.*

Non obstat etiam quod allegatum est, præsumi fraudem Episcopi ex eo, quod Comes GG. fuerit vasallus emtoris, quia id probatum est, & satis liquet, quod ratione controuersi non fuerit vasallus.

Non obstat defectus consensus, quia de ea supra.

Non stringit quod pretium non sit solutum, *per ea quæ tradit Barto. & communiter DD in l qui in aliena. §. 1. de acquir. here. fac. quæ sic. bit Affl. Ect. decis. 368. nume. 3. & seqq.* Et sufficit possessio ex titulo pro emtore, licet probatum non sit partium nostrarum esse. *per tradita ab Alexa. in l. sciendum num. 15. de V. O. Felyn. in l. sicut. sub fin. de re iudic.* Et † paria sunt pretium soluere, vel pigno- 44 ribus satisfacere, adeo vt sibi Comes GG. acceptum ferre debeat, cur fidem habuerit de pretio, atque illud postea non exsegerit.

Nec ad rem facit, quod dicitur de mala fide Archiepiscopi, quia nunquam fuit † 45 interpellatus de solutione, non igitur coactus fuit offerre pretium, *Mart. Soc. consi. 145. num. 64 & seq. lib. 1.*

Et in summa propter cursum 100. ann. tollitur omnis † defectus, quia allegari po- 46 test. *Dec. consi. 6. nume. 8. Cravet. in d. §. vidimus, nume. 25. & 26.* Nihil etiam ad rem facit, quod traditio non interuenerit, quia ex literis venditionis contrarium apparet, in verbis, tretten das Schloß ab vnd raumen / daß

das Episcopo & ipsius successoribus Archiepiscopis & capitulo ein/verlassens auch vnd thun verzicht. Vnde traditione noua non fuit opus, *dict. §. interdum. Institut. de rer. diuis. Bl. in repet. l. Celsus num. 93. de vsucap.* Et ferat sibi acceptum Comes GG. quod tam longo tempore tacuit, & pro pignore in castro WW. non petiit pecuniam.

47 Nam vrget etiam quod feudum † in præiudicium actoris tanquam agnati non potuerit alienari. Nam hoc feudum fuit hereditarium, h. e. Comiti GG. ipsiusque legitimis heredibus concessum, in hoc

48 † autem pater filio præiudicare potest. *Iac. de Belu. in c. vn. de eo qui sibi & suis here. Curt. Iun. cons. 3. in pr. Zas. de feud. c. 9. nu. 27. Alexand. cons. 13. vol. 5.* Ad hæc obstat hic actori præscriptio & patientia patris, quæ illi præiudicat, *ex alleg. per Paris. consi. 23. num. 19. & seq. lib. 1.* Quod autem tertius † longiss. tempore scilicet 30. ann.

49 possit præscribere feudum contra Vasallũ ratione vtilis dominii, iuris est indubitati, *per glos. in c. 1. §. præterea. de capti Conrad. Bl. de præscript. 4. p. 4. in prin. quæst. 3. Boer. decis. 311. numero. 12. Molin. in cons. Paris. tit. 1. §. 7. num. 7. & seq. Mar. Socin. cons. 76. numero 61. & 85. lib. 1. Paris. cons. 23. num. 193. & seq. lib. 1.* Et hac exceptione sunt etiam Rei tuti in foro conscientiæ, *per ea qua tradit Bl. in c. vn. §. si quis per 30. si de feud. def. contrau.* Non obstat, quod tempore alienationis actor nondum natus fuerit; quia in feudo hereditario (quale fuit ca-

50 strum Schönkirch) currit † præscriptio etiam contra nondum natum descendentem ab alienante. *Paris. d. cons. 23. numero 195. & seq. lib. 1. Ioffred. cons. 1. numero 193. & seq.* Nihil etiam stringit, quod feudum alienatum sit absq; consensu Ducum SS. quia non est probatum, quod moderni Duces SS. a primo acquirẽte Duce RR. descendant, quod necesse erat. 2. Non est hic ab actore dominium directum principaliter in iudicium deductum, sed tantum vtile, & is in dominio directo nihil iuris habet.

Male igitur se fundat in exceptione iuris

51 tertii, quod † non est penitus exclusiuum iuris Reorum. *leg. loci corpus. §. competit, ibi Br. si seru. vindic. Br. in l. 2. post prin. & ibid. Zas. num. 8. & 9. de except. rei iudic.*

52 *Guid. Pap. sing. 622.* Et cum actor hic † non habeat mandatum agendi pro Ducibus SS. non est audiendus, *arg. leg. si pupilli, §. videamus, de neg. gest. l. quoties. §. is qui temporali, de admin. tut.* Et quamuis non negauerim SS. Ducibus actionem suam ratione directi dominii (si quod haberent) saluam manere, tamen illa per præscriptionem elideretur: Iuris enim est indubitati, tertium

53 posse † præscribere contra dominum directi dominii, *prout docet Molin. in cons. paris. tit. 1. § 7.* Nec obstat quod obiectum est,

54 contra dominum † non currere præscriptionem, *Zas. cons. 15. numero 7. lib. 2.* Nam hoc procedit, quãdo Vasallus vult præscribere contra dominum directum: secus vero si tertius præscribat, *Boer. d. decis. 221. num. 10. & 22.* Ex quibus concludo per Replicas actoris defensiones & exceptiones reorum non esse confutatas.

Sequitur ergo sexto loco pronunciandum esse, quod Rei sint absoluendi ab instituta actione, compensatis expensis de æquitate, de stricto enim iure esset actor condemnandus ex regula; victus victori condemnatur in expens.

Restat septimum membrum: An scilicet Duces SS. sint citandi. Etsi autem existimo, illos nihil iuris habere ad d. castrum, & si quod forte habuerint, 100. ann. præscriptionem illis obstare, tamen ego nolim quicquam pronuntiatum in eorum præiudicium, vt qui ad hanc caussam non sint citati, ideoq; arbitror sententiam in hac

55 caussa † latã, tanquam rem inter alios actam & iudicatam, illis nihil præiudicare, *l. 1. Cod. res int. al. act. l. sæpe vbi DD. ... de re iud. Alex. cons. 156. lib. 2.* Quin potius illos audiendos, & de illorum iure plenissime (si agant) cognoscendum, tum demum quid iuris pronuntiandũ esse censeo. Saluo, &c. Eandem sententiam amplexi fuerunt, & alii domini, compensatis expensis. Lata igitur talis sententia.

In Sachen / Weylandt Herrn NN. Grauen zu Rastat / jetzt desselben Sohn vnnd Erben in actis benent / Klägern eins / gegen vnd wider Herrn S S. Administratorn auch Dechant vnnd Capittel des Thumbstiffts Asterburg / Beklagten anderstheils / ist allem fürbringẽ nach zu Recht erkand / daß gedachte Beklagte von dieser Klag zu absoluirn vnd zuerledigen sein / als wir dieselbe hiemit absoluirn / vnnd erledigen / die Ge-

OO

richtskosten deßhalben an diesem Keyserlich Cammergericht auffgelauffen / auß bewegenden Vhrsachen gegen einander Compensierend vnnd vergleichendt.

DEC. III. VOTVM VIII.

In caussa Goldwitz.

Contra.

Rudolff vnd Hertzogen zu Westerfeldt Mandati pœnalis, vmb einsetzung des Hauß Bilenstein.

1 *Praeceptum executiuum factum absque caussæ cognitione iure nullum est.*
2 *Princeps quilibet ratione omnimoda iurisdictionis tenetur subditum defendere: Maxime si per supplicationem fuerit requisitus a subdito. num. 3.*
4 *Executionis caussa omnis summaria est nec habet instantiam*
5 *Verba defendere, conseruare, manumittere sonant in ius & non in factum.*
6 *Princeps quando teneatur subditos ab oppressionibus & violentiis defendere.*
7 *Princeps, an si iuramento se adstrinxerit, se subditos defendere velle, si postea non defendat, a periurio liberetur.*
8 *Defendere aliquẽ iussus tenetur hoc ipsum facere, & si non facit, censetur esse in culpa.*
9 *Securitatem promittens debet efficere ne quis lædatur.*
10 *Possessionem propria authoritate nemo ingredi potest.*

IN NOMINE Domini, Amen.

Submissam per procuratorem D. BB. in vltimo recessu per ipsum habito, ratione copiæ actorum concedendi termini ordinationis ex caussa per eum ibid. allegata, sed quia multo antea per D. Pierium in caussa conclusum, ita vt non videat, quid per BB. vlterius fieri, aut in medium adduci possit, ideo putat Dominus Referens eam submissionẽ nõ esse attendendam, & sic ipse pronuntiaret, iſt D. BB. sein begeren abgeschlagen vnd lest man es bey geschehenem beschluß bleiben.

Quoad caussam ipsam attendenda est actorum petitio. Petunt autem in libello summario ferner Mandat auff die Acht, cum annexa citatione auff die verwürckte Peen, vel ad minus pronuntiari, quod Rei nachmals teneantur mandato parere, Reis contra petentibus pronuntiari, daß sie dem Mandato zu Parirn noch zur zeit nicht schuldig.

Videndum igitur de contentis mandati, eiusque probatione, & præcipue an contenta dicti mandati talia & tam releuantia sint, vt decerni potuerint. Et in mandato ea continentur, quæ supra relata sunt, quæ omnia videntur quoque per actorem probata. An vero hæc eius efficaciæ, vt ex necessitate consequentiæ rei mandato parere teneantur. Et quod non Rei in exceptionibus duas potiss. rationes allegant. Prima est, hanc caussam a prima illa Anno &c. 22. in Cam. introducta, & in primis in puncto executionis plane diuersam & separatam esse, ita vt noua lite propter prætensum nouum spolium hic sit opus. Neque enim a mandatis, sed a citatione processus incoandus, nec potuit executio sine prævia caussæ cognitione a Cam. reis mandari. Secunda exceptio est Reos ante præstitum homagium Nobilibus & Landschafft promisisse, sie bey Rechten bleiben zulassen / Rodolphus autem eo modo actoribus coram Reis principibus Rechtes zu sein sich erbotten. Ergo, &c.

Quod ad primam exceptionem dicit, aliam caussam esse spolii Castri Bilenstein/ & mandati inter easdem. Eam pependisse & ventilatam esse, & de Anno &c. 26. per sententiam decisam, cuius executio demum facta, Anno &c. 33. Hanc primam Anno &c. 51. introductam. Ex quo infert hanc caussam cum prima illa nihil commune habere, imo plane diuersam & separatam esse, maxime ex ea ratione, quod in prima Duces, in hac secunda Rodolphi narrentur spoliatores, licet nihilominus illam tãtum connexitatem pri-

ma

ma ad hanc habeat, quod ibi in mandato decreto præter restitutionem d. Castri Bilenstein / eiusque pertinentiarum dd. Reis etiam mandetur, actores für weiterm eigenwaltigen Eingriff vnrechtlichen Entsatzung / auch bey ordentlichen Rechten / daß Proen den jenigen / so jhren forderung nicht erlassen wöllen zupflegen vhrbüttig / zu Handhaben / zuschützen / keines wegs zugestatten / in qua clausula primi mandati totus hic processus diligenter præpensis mandati huius narratis, fundatur. Concludit ergo non posse censeri eand. caussam cum prima, atque ideo non potuisse iudicem parte non audita ab executione incipere. Nulla autem caussæ cognitio præcessit: & Rodolphi nondum conuicti sunt, super quo se refert ad acta caussæ fractæ pacis. Præceptum porro executiuum † factum absque caussæ cognitione est ipso iure nullum, *Ias. in l. nec quicquam numero 19. de offic. proconsl. & in l. si insulam. § dius. numero 77. de leg. 1. & in l. de pupillo. § meminisse. num. 7. de nou. oper nunt.*

Secundæ except. prima pars in iure communi fundatur. Quod vero dicitur Rodolphus se actori iuri coram Re s obtulisse, licet huius probationem offerant Rei, putarit tamen illam primam except. satis firmam & efficacem esse, ita vt vel ex illa sola pronuntiari possit.

Pronuntiandum concludit, das Reus dem außgangenen vnd eproducirten Key. Mandat / noch zur zeit zugehorsamen nicht schuldig / iuxta eius petitionem, cum refusione expensarum. Si Domini velint cassare, mandatū non repugnat. Et præter supra dd. rationes quod hoc mandatū nondū sibi aliquem locum vendicare possit, conuincitur ex caussa fractæ pacis, inter Goldtwitz & Rodolph, quæ adhuc indecisa pendet, quæ propter admissionem defensionalium paritura est maximum præiudicium. Posset igitur sententiæ clausula hæc opponi, vnd mögen die Kläger in der Sach fractæ pacis procedirn.

Votum Correferentis.

PEtit actor super inducta petitione litis contestationem iniungi, Reo negante se non teneri adhuc mandato parere. Quoad Goldtwitz mandatum de restituendo hic decretum contra Reos, in quo Ducibus Reis mandatum, vt actorem contra vim defendant. vnd jhnen ohne Recht zuentsetzen keines wegs gestatten. 11. Fundatur mandatum hoc super supplicatione Ducibus porrecta, vt scilicet Rodolphos coercerent a vi, quam minarentur, vt sic mandatu a optimo iure subsistere videatur. Nam & ratione omnimodæ iurisdictionis, quæ hodie principi † cuilibet competit, teneatur defendere is suos subditos, *c. 1. de offic. deleg. in 6. c. proellorum. & ibi Innoc. de præbend.* Et tanto magis Reus actorem defendere † debuisset, cum ab actore per supplicationem fuerit requisitus, *per not. Bl. in leg. 1. Codice si tut. vel cur. fal. exos.* Contenta autem mandati, quando in continenti verificantur, potest summarie procedi, statimque decerni, idque potissi. ex eo, quod hæc caussa videtur esse potius caussa executionis. Omnis † autem executionis caussa est summaria, quia non habet instantiam. *Br. in l. litibus. Cod. de agr. & cens. lib. 10. Lanfra. in c. 1. titul. de caus. deleg.*

Sed videndum nunc, anne exceptiones Rei petitionem actorum elidant? Excipitur hanc caussam separatam a prima illa Anno &c. 22. introducta, & præcipue in puncto executionis, vt sit opus noua lite. Secundo excipitur das Rei subditis aute Huldigung zugesagt / etc. plane vt supra, q rerū etiam probationē offert Reus. Verū quoad primam exceptionem, satis apud Camerā constat, hanc caussam esse diuersam ab aliis, præsertim executionis, in qua & executio facta contra Duces. Item ibi Duces, hic Rodolphi, ibi spolium commissum eo colore, quod Christophorus Rodolphi Goldtwitz vxoris pater sine mascula prole decessisset, hic autem Rodolphis, quod Christina vxor Goldtwitz / fuerit tantum vsufructuaria bonorum feudalium. Item spolium primum, Anno &c. 22. hoc vero Anno &c. 51. factum. Iuris autem quot facta, tot actiones esse.

Secunda vero exceptio iuris est. Quare putat frustra eorum probationem iniungi. Adiicitur & tertia exceptio, cum dicit Reus, se solum executionem facere non posse, contra Landtgebrauch / cum non solum regnet. Et licet hæc non per omnia est releuans, primam tamen exceptionem releuantem esse putat. Neque enim hoc mandatum dici potest executoriale, cum certum sit, nullam sententiam præcessisse.

Non obstat, quod dici posset, licet hæc verba † defendere, conseruare, manutenere soleant, in ius & non in factum, *Br. in l. damni, vlt. de damn. infect. num. 2. idem in l. stipulatio ista in princ. numero 4. de V. O.* Hoc tamen restringi debere, vt procedat, si fiat promissio isthæc a priuata persona, non autem si princeps vel eius locumtenens promittat subdito, vel ipsi a superiore demandatum, vt subditum &

eius bona sub eius protectione suscipiat, 6 tunc enim tenebitur defendere † ab oppressionibus & violentiis contra illos, qui de facto agunt, & non contra eos, qui de iure turbant, *Fel. in c. olim numero 7. de rescr.* Respondetur enim, etiamsi quis † iuramento se astrinxisset se defendere velle, quod tamen sint modi, quibus excusaretur a periurio, de quibus *Fel. in c. ego, & M. numero 7. de iureiur. Abb. in c. petitio, d. titu.*

Ponderat quoque, quod hoc praeceptum de defendendo factum fuit olim Ducibus H. & A. ideoque cum personale sit, personas eorum egredi non potuit, & sic vigor primi mandati ad modernum Ducem, cui nunquam mandatum fuit, extendi non potest. Imo etiam superstitibus adhuc H & A. inepte ante videretur ipsis demandata restitutio, in hoc secundo mandato, qui vigore prioris mandati defendere debebant. Neq; enim Castrum hoc, cuius restitutio mādatur, penes Reos est, & ipsi non spoliarunt, *vt supra dict.* mandatum hoc secundum nequaquam executoriale dici potest. Quare potius actores de dolo agere debuissent *Br. in d. l. stipulatio ista, numero 3. de V. O.* Ex quibus cōcludit, paritionem non solum iniungi non posse, sed mandatum ex officio videri cassandum, compensatis expensis &c.

Votum II.

Videndum an exceptiones elidant intentionem. 1. Exceptio est, quod haec caussa sit diuersa. Concedit esse nouum spolium, sed dicit, quod etiam Reus Dux sit spoliator, & pro tali debet reputari. Debuit enim actores defendere vigore primi mandati, cum tam potens fuerit, vt potuerit vim prohibere, & non facit. *gl. & Arg. in l. ne quid, de inc. ruin. naufrag. fac. Bl. in c. 1. §. conuenticula col. 2. de pac. iur. firm.* Et licet nemo teneatur alium defendere, tamen hoc verum de priuatis, non de Dominis terrarum. Praeterea Dux iussus est 7 defendere, cur igitur hoc † non fecit, cum potuerit? *iuxt. c. dilecto. de sent. excom. in 6.* Ex hac enim negligentia censetur esse in culpa *Calcan. cons. 40.* Item spolium habuit tractum successiuum, non momentaneum Ergo, &c. *Abb. in constitutus, & in c. caussam extra, de testibus. Ias. in l. ciuitas, de reb. cred. & in cons. 139. lib. 4. Affl. decis. 82.* Hoc amplius qui † securitatem promittit, debet efficere, ne quis laedatur. *Corset. in singul. sui verb. securus.* Non potuerunt etiam Rei † propria auctoritate possessionem ingredi *l. creditores ad l. Iul. de vi priu.* Concludit nouum esse spolium & caussam non omnino separatam, & ipsum Ducem & spoliatorem, putat Camerae Iurisdictionem fundatam & paritionem iniungendam. Et si vellet actor conuenire Reos, id coram Duce faciendum.

Tertius concludit cum Corref. mandatum esse cassandum Compensatis Expensis.

Quartus. Dn. nō esse fundatos in Iurisdictione.

Quintus concludit cum Referente, Comp. exp.

Sextus putat eum teneri ad restitutionem vigore prius emanati mandati, vellet iniungere, vt in specie agat contra exceptiones.

Septimus concludit nouam & separatam caussam esse, & sic mandatum cassandum, Compensatis expensis.

Sententia 13 Iunii Anno &c. 62.

In Sachen / Weylandt Goldwitz / contra Westerfeld Mandati, die Einsetzung des Hauß Bilenstein belangend: Ist D. BB. den 6. Martii jüngst beschehen begeren als vnnothürfftig / abgeschlagen / vnnd von Ampswegen zu Recht erkannt / daß gemelt Mandat zu casirn vñ auffzuheben sey / als wir solches auch hiermit casirn vnd auffheben / Compensatis expensis, &c.

DEC

DEC. III. VOTUM IX.

In caussa Herrn D. Christophori Klugs Wittib/ vnd Kinder Vormünder/ Kläger.

Contra.

Herrn Burckhardum Bischoffen zu Neuß/ vnnd Amptman zu Liebenstein / Mandati sine clausula.

1 *Actio in factum competit ex mandato rite insinuato.*
2 *Mandato qui non paret in pœnam incidit.*
3 *Pœna non solum iuxta mandatum venit applicanda, sed peti etiam quanti ea res est, potest.*
4 *Aduocati Cameræ vtuntur priuilegio immunitatis, vxores quoque & liberi eorundem iisdem gaudent priuilegiis ac immunitatibus. num.* 5.
6 *Ratihabitio retrotrahitur, & pro mandato habetur.*
7 *Factum suum quando reputetur.*
8 *Munus ordinarium dicitur, quod lege, Senatusconsult. aut Principum constitutionibus iniungitur, & quod necessario subimus, lege, more, imperioue eius, qui iubendi habet potestatem.*
9 *Munera patrimonialia non aliis, quam municipalibus vel incolis iniunguntur.*
10 *Collecta naturaliter est onus rerum, & quod pro modo substantiarū præstatur.*
11 *Modus & solemnitas indictionis ordinarium munus faciunt.*
12 *Collecta, vrgente publica necessitate, indicitur.*
13 *Immunis nemo dicitur tempore belli.*
14 *Augmentatio vel variatio temporis, aut deminutio quantitatis facit onus esse extraordinarium.*
15 *Indictiones ab omnibus præstandæ & subeundæ sunt.*
16 *Munus ordinarium aliquando sub quantitate certa, vel etiam incerta, & nouo consensu augetur, & Principis indulgentia minuitur.*
17 *Collecta imponitur ob defensionem patriæ.*
18 *Collecta ratione rerum imponuntur.*
19 *Indictio licet sit extraordinaria, tamen omnes possessores conueniri debent, & ab omnibus agnosci oportet, quo facilius decretis publicis pareatur.*
20 *Res transit cum suo onere.*
21 *Prædium conuenitur pro onere informato, non persona.*
22 *Principi vnicuique in omnibus Recessibus quoad sua priuilegia, nihil est derogatum.*
23 *Impositio collectæ, etsi iniqua sit, appellationis auxilio omisso, manet.*
24 *Remedium habens ordinarium, non debet ad extraordinarium conuolare.*
25 *Bona & res pro collectis affecta, ab eo, qui illas præstare negat. capi possunt, & numero* 26.
27 *Collecta* der Türcken hülff *ea est natura, vt solemniter sit indicta, & personis propter res.*
28 *Onera, quamuis patrimonialia dicantur, non aliis, quam municipibus vel incolis indicuntur,*
29 *Collectæ imponuntur personis pro rebus, & ob id nec clericis imponi possunt regulariter.*
30 *Onus mixtum quando dicatur.*
31 *in Collecta imponenda semper habetur maior respectus ad fructus & reditus, quā ad rem ipsam.*
32 *Forensis si possideat, in territorio alicuius ciuitatis, aliqua bona, non potest sibi imponi collecta de illis bonis.*
32 *Collectæ impositio iurisdictionem, iurisdictio vero necessario subiectionē præsupponit.*
33 *Collecta quando imponitur ab eo, qui habet iurisdictionem vniformem in omni loco, tunc debet soluere quisque pro rebus, quas habet vbique in loco domicilii sui.*
34 *Factum notorium non requirit solemnem formam iuris, seu ordinarii processus ac habet vim sententiæ. num* 35.
36 *Cultura agrorum nemini est prohibenda.*
37 *Vua veniunt appellatione frugum.*
38 *Priuilegio principaliter sine caussæ cognitione derogari non potest.*
39 *Processus a mandatis siue præceptis regulariter non est inceandus.*
40 *Præceptum de relaxando arresto fieri potest parte præsente & inuita.*

41 *Praeceptum factum non citata parte & sine caussa cognitione, ipso iure nullum est, adeo, vt hoc praeceptum ne quidem pro nuda citatione sit habendum.*

42 *Mandatum pro parte cassari, pro parte confirmari potest.*

43 *Vtile per inutile vitiari non debet.*

IN NOMINE Domini. Amen.

Votum Dn. Helm. Refer. Mandatum emanatum ad petitionem actorũ in Cam. cõtra Episcopum Neussensem sine clausula, ne collectas ab actorum pupillis, vtpote non sibi, sed Cameræ subiectis, contra ius ord. & Recessum Ratisbon. exigat, atque arrestum interpositum relaxet, sub pœna, &c. Quod rite insinuatum, & quia eidem paritum non fit, citatio ad videndum decreta, & declaratio pœnæ petita. Ex quibus constat actione † in factum ex hoc mandato agi. *DD. in leg. Iulianus. §. idem papin. de act. empt. & l. in factum de O. & A.* Vel officium iudicis imploratũ, quia Rei mãdato emanato † non paruerunt. *Br. in l. vn. vers. quare quo iure, si quis ius dic. non obt.* Et sic in pœnam inciderunt. *Fel. in c. 1. de iudic. per c. fin. 14 quæst. 1.* Quæ etiam non solum † iuxta mandatum venit applicanda, sed peti etiam, quanti ea res est, potest *dict. leg. vn. si quis ius dic.* Vti & hic non solum pœna mandati pro parte dimidia sibi applicari, sed & mandatum corroborari, vt vlteriores processus pro damnis & interesse decerni actores petunt.

Ceterum pro plena huius caussæ discussione duo principaliter consideranda. 1. Si ex veris narratis seu falsis, hoc est, obreptitie mandatum fuerit impetratum. Alterũ si iure & legitime sit decretũ, quib. cognitis, videndum, quid pronuntiari debeat.

Quoad primum, narrata mandati sunt inspicienda. Narratur a D. Schwalb / Aduocati quondam Cam. viduam relictam, & liberos immunitate priuilegiorum mariti, & patris præmortui gaudere, neque alium ordinarium iudicem quam Camerã recognoscere. Præterea d. viduam & liberos bona in Episcopi Neussens. territorio, in quo tantum domicilium non habeat, sed quæ alterius culturæ commiserit, sita habere, quibus collecta 4. fl. per Reum Amptmann imposita sit, quam cum soluere recusassent, bona arrestata, atque cultura bonorum colono interdicta est. Et sane principio notorium est D. Schwalb fuisse Aduocatum Cameræ, & sic † priuilegio immunitatis vsum, *iuxt. ord. par 1. titu. 49. §. 1.* Vnde consequens fit, & vxorem & † liberos iisdem quoque priuilegiis ac immunitatibus gaudere, *iuxt. l. fin. Codice, de mun. lib. 10. l. mulieres, Cod. de dign. lib. 12. l. fœmina. l. fin. de senat. Luc. de penna, in l. 1. Cod. de super indict.* Et quia ad secundas nuptias non transiit vidua, non potest dici domicilium mariti adhuc mutasse.

Alterum, scilicet collectas impositas, & ob denegationem earundem, culturam bonorum interdictam, itidem est in confesso, & ipsimet Rei fatentur. Quamuis enim negare conetur Episcopus, se non a singulis subditis collectas exegisse, sed tantum ab vniuersis, qui tandem inter se interdictiones fecerint, & non soluentibus bonorum cultura interdixerint, vt hoc ipsum Episcopus fecisse videbitur, cuius nõ modo nomine, sed & Iurisdictione & facultate vsa communitas hoc facit, per quæ ipsum ratum & acceptatum habitum est. Hoc amplius ipse non relaxare, nec vt in subditis relaxeretur, mandare voluit, vnde ratihabitio † merito retrotrahitur, & pro mandato habetur, *c. ratihabitio. de R. I. in 6.* Præcipue vero cum tota hæc res ex ipsius gratia & voluntate pendeat, sine ipsius consensu & voluntate nullam collectam communitati indicere licuisset. *Fel. in c. quæ in Ecclesiarum extra, de const. Br. in l. 1. C. de excus. mun. late Thematius in tr. de collectis. capi. incip. sane si negotium. num. 29. & 30.* II. Quod illæ eædem collectæ siue præstitæ siue præstandæ ad ipsum vel iam peruenerint, vel adhuc peruentuæ sint. III. Quod hoc ipsum factum communitatis hic in Camera defendat. Quibus casibus omnino tenetur † & factum suum reputatur, *per leg. 1. § deiecisse, de vi & vi arm. Ioan. Andr. in d. c. ratihabitio.* Quoniam vero Recessus Ratisbonensis non nisi subditis collectas imponi vult, qui tunc temporis Iudici fuit insinuatus. Concludendum putat contra Episcopi exceptionem, mandatum ex veris narratis, nec sub vel obreptitie impetratum esse.

Quoad secundum, si iure & legitime sit decretum, considerandum est duplex mãdatum contra Episcopum decretum. I. An iure exigat collectas ab actorum pupillis ratione bonorum in Biebersdorff. II. Vt d. viduæ ac pupillorũ culturam, possessionem ac vsum vindemiarum non impediat, & statim interdictum suum de non colendis vineis tollat, atque casset.

Primum quod attinet, pro Episcopo plurima & fortissima sunt argumenta: primo ordinarium munus dicitur, quod lege Senatusconsulto, aut principum constitutionib. iniungitur, & quod necessari. † subimus lege, more, imperioue eius qui iubet

di habet potestatem. *l. munus, de V.S. l. 1. C. de vac. mun. lib.* 10. Est etiam munus patrimoniale, quod patrimoniis iniungitur vel personis pro viribus facultatum, & horum quædam possessoribus iniunguntur, siue municipes sint, siue non sint, quædam vero non nisi municipibus vel incolis contributiones, quæ in agris fiunt, vel ædificiis possessoribus indicuntur. Munera vera
9 quæ patrimoniorum † sunt, non aliis quam municipibus vel incolis, *l. rescripto. §. sciendum, l. fin. §. patrimoniorum, de muner. & 10 honor.* Collecta vero naturaliter est † onus rerũ, *gl. in d. §. sciendũ, verb. incolis*, & quod pro modo substantiarum præstatur *leg. propter honorem, Cod. qui bon. ced. poss. Thomat. de collect. c. 1. num.* 8. Quare & patrimoniale onus dici debet & ordinarium, quia solemniter, hoc est, constitutione Imper. imposita. *l. omnes 2. Cod. de annon. & trib.*
11 *lib.* 10. Modus enim † & solemnitas indictionis ordinarium munus faciunt.

12 Secundum requisitum est, † si vrgente publica necessitate indicatur. *l. 1. Co. de indict. lib.* 10. Tunc enim velut Canones quosdam quisque cogitur inferre, nec vlla domus vel sacri patrimonii, vel hominum priuatorum ab hoc onere seiuncta est. *l. fin. C. sine cens. vel reliq. & ibi Bl.* & tributi loco habetur. *leg. Imper. de public.* siue patrimonis imponatur. *l. fin. de priuil. veter.* siue personis, pro modo & qualitate patrimonii. *l. fin. C. de mun. patr. l. obsistere. C. de annon. & d. §. sciendum.* Præcipue vero si caussa adiiciatur, vel titulus, vt hic, Religionis scilicet & pacis publicæ conseruandæ & Turcæ repellendi gratia. Quare vt necessitati publicæ succurratur, † omnino patri-
13 monia metimur, & tempore belli nemo debet esse immunis. *leg. 1. C. de quib. mun. vel præst. l. fin. C. quam ein. mun.* aut etiam propter suspicionem belli. *Thomat. d. loco mihi fol.* 164. Est enim vacatio eorum munerum legibus omnino interdicta *l. 1. C. de interdict. l. 2. C. quibus mun. lib. 10. l. 2. & fin. C. de mun. patr. d. l. fin. de mun. & hon.*
14 Nec † ea quibusdam putatum fuit, vel variatio temporis, vel augmentatio, aut diminutio quantitatis facit, onus esse extraordinarium, *Bl. in l. 1. C. de collat. æris. lib. 10. late Thomat. d. loco fol. 39. num.* 2. & in contrarium sunt text. *in l. munerum. § patrimoniorum, de mun. l. non videtur, de mun.*
15 *& hon.* Hæc enim munera † prout necessitas postularit, aut vtilitas monuerit & indictiones, ab omnibus præstandæ & subeundæ sunt. Hinc quoque fit ordinarium
16 munus, † aliquãdo sub certa quãtitate, vel etiam incerta & nouo consensu augeri, & principis indulgentia minui. *Thom. de. lo.* *per l. fin. C. de collat. fund. pat. l. fin. C. de priuil. do.* Hæ vero collectæ der Türckenhülff Imper in hunc vsque diem solemniter sunt indictæ, exigente necessitate publica.

Tertium requisitum est † ob defensio- 17 nem patriæ. Quarto accedit, quod patrimoniis omnibus & vniuersis, tam Ecclesiasticorum quam priuatorum bonis seu personis, pro modo † facultatum, & sic ra- 18 tione rerum sunt impositæ, vt Wormatiæ, Anno 1495. Augustæ 1500. Coloniæ, Anno &c. 1512. Iterum Augustæ An. &c. 1518. Anno 1530. Ratisbonæ, An. 1532. & 1541. Iterum Spiræ An. &c. 1544. & Ratisbonæ An. &c. 1557. vbi semper pro facultate rerum, tam principum, quam subditorum impositæ fuerunt.

Ex quibus constat ordinarium hoc onus & patrimoniale etiam, aut pro rebus impositum, & sic neminem liberum. *l. 2. & leg. pen. C. de mun. patr. lib.* 10. Et dato, quod indictio sit extraordinaria, tamen omnes possessores † conueniri debẽnt, & ab omni- 19 bus agnosci oportet, quo facilius decretis publicis pareatur *l. fin. Cod. de mun. pat. lib.* 10. Accedit clausula in Recessibus apposita, quæ vult, bona in contumaciam non soluentium capi. Vnde concludit etiam munus patrimoniale, vel reale, cum bona stricta habeat.

Præterea Episcopus est in quasi possessione exigendi collectas iuxta extractum ex registris, sunt ibi inscripta bona, ergo obligata *B. in l. si negotium, de neg. gest.* Et nõ solum qui inscriptus est, sed etiam tertius possessor, vtcunq; immunis alias sit, tenetur, quia res † transit cum suo onere. *l. fin.* 20 *C. de præd. & omnibus reb. l. rescriptum. §. sciendum, de mun. & hon. l. fin. C. de exact. trib. leg sunt munera, & ibi gl de vac. mun.* Est enim onus informatum, *gl. in l. incola, 2. de mun.* pro † quo prædium conuenitur, 21 non persona. *l. iura. C. de omni agr. des. lib. 11.* Insuper quoq; Episcopi priuilegium accedit (Est Caroli IV. de dato Neusii An. &c. 1349. 4. Non Apr.) quo illi ius omnes, etiam non subditos ratione bonorum collectare cõceditur, quod iure subsistit. *d. l. munerum. §. præterea, de mun. & hon.* Siquidem etiam in omnibus † Recessibus vnicuique 22 principi, quoad sua priuilegia, nihil est derogatum. Deinde etiam posito illud iuris Episcopo non competiisse, & dd. actores contra ius grauatos, appellare debuissent. Quo non facto, & appellationis auxilio omisso, impositio, † etsi iniqua sit, manet, *leg.* 23 *non videtur. Codice. de mun. patr.* Quoniam igitur ordinarium remedium † habu- 24 erunt, non debuerũt ad extraordinariũ cõuolare, & sic Episcopus impune mãdato nõ

OO 4

parere potuit. *t. t. Codic. commun. Episc.* Siquidem caussa, siue cõmunitas exegerit, siue Episcopus, vigore ordinationis, huc non pertinet. Illa enim habet Episcopum iudicem ordinarium, hic die Außträg / iuxta quæ etiam mandatũ annullandum, & caussa remittenda videtur, vt in simili præiudicio Aspam contra Neuburg / & iuxta Reorum in exceptionibus petitionem.

Quoad secundum mandatum, dicit supra dicta bona & res pro collectis affectas 25 esse, & ab eo, † qui illas præstare negat, talia capi posse. Habet enim Dominus omnia prædia tacite hypothecata pro collectis. *l. Imperatores, de publica. Br. in l. 1. C. in quib. caus. pign. tac. contrah. Ias. in l. apud Iulian. §. heres, de leg. 1. Bl. in leg. 1. §. quod si nemo, quod cuiusque vniu. nom.* Imo quod res ipsa 26 † ob denegationem collectarum cadat in commissum, non modo iuri ciuili, sed etiam Const. & Recess. Comitiorum conuenire videtur. Si igitur totam vineam impedire potuit Episcopus, cur non licuisset ei culturam tantum prohibere? Et si dicatur damnum emergere ex interdicta cultura, cur illud solutione 4. fl. præuia protestatione tamen, actores non auerterunt? Concludit igitur mandatum illud cassandum.

Quoniam vero prædicta mandata iam antea decreta, citra iniuriam partis, nullo modo cassanda putat, videbit an iure defendi possint? Et principio vere, & proprie huius collectæ der Türckenhülff / ea est na-27 tura, † vt solemniter sit indicta, & personis propter res. Quoniam vero ea onera, quã-28 uis patrimonialia dicantur, † non aliis quam municipibus vel incolis indicuntur, *per text. in d. leg. rescripto. §. sciendum, & l. fin. §. patrimoniorum, de mun. & hon. & ibi gl. in verb. incolis*, non putat viduam nostram teneri. Collectæ enim imponuntur 29 † personis pro rebus, & ob id nec clericis imponi possunt regulariter, *le. de literis. & auth. nulla cõmunitas. C. de Epis. & cler.* Nec etiam forensibus. *gl. & Br. in d. §. sciendum. Br. in leg. 4. §. si actor, de re ind.* Et mixtum 30 hoc onus videtur, quia imponitur † personæ propter rem, & sic neque res tantum, neq; persona tantum est immediata caussa impositionis sed vtrumq; simul, sc. persona & res, *Br. Castr. & Salyc. in l. placet. C. de SS. Eccles. Idem Br. in l. 1. Cod. de mul. & in quo* 31 *loco.* Et in hac imponenda † semper habetur maior respectus ad fructus & reditus, quam ad rem ipsam, *Bl. in c. 1. §. similiter, de cap. Corrad. Vbian. illius text. dicit*, quod duntaxat imponatur respectu fructuum & prouentuum annuorum. *l. si dependentes, de vsufr. l. 4. §. si actor, de re iud. Imol. in d. l. apud Iul. de leg. 1.* Et imponitur magnis & paruis per solidum & libram, vt qui plus habet, plus soluat. *gl. in leg. 1. Cod. de apoch. pr. lib. 10.* Huiusmodi sunt onera hæc quoque nostra, quæ Castr. noua vocat, & solummodo ciuibus & incolis imponenda. Et ideo si forensis † possideat in territorio 32 alicuius ciuitatis aliqua bona, non potest sibi imponi collecta de illis bonis *l. libertus. §. sola, ad munic. Azo. in summ. tit. C. de mun. patr. per l. neque. Cod. de incolis, Abb. in c. licet, de censib. & late in c. non minus, de immun. Eccles. Br. in d. leg. 1. Cod. de mulier. Castr. Sal. & idem Br. in d. l. placet. C. de SS. Eccles. & in l. rescripto, de muner.* Et non ab alio, nisi a Magistratu ordinario iniungi potest, cum principaliter personæ imponantur Impositio autem collectæ Iurisdictionẽ, Iurisdictio vero necessario subiectionem præsupponit. Et quia hoc munus non est intrinsecum ipsius rei, sed a re, vt fructus rei, cuius ratione imposita est, personæ id magis incumbit. *Br. in d. l. rescripto.* Et quando imponitur collecta † ab eo, qui 33 habet iurisdictionẽ vniformem, in omnẽ loco, vt Imper. & status imperii, tũc debet soluere quisquam pro rebus, quas habet vbique in loco domicilii *leg. de Iurisdict. l. pen. & vlt. de bon. auct. iud. poss.* Ecclesiæ vero personæ obligantur propter consuetudinem. *Br. in l. numen. C. de aur. coron. lib. 10.* Cum quia hoc bellum contra infideles geritur, tum propter ipsorum corporis & bonorum defensionem & securitatem. Eodem modo etiam nostra hæc collecta die Türckenhülff personæ pro rebus est imposita, vt præstetur iuxta æstimationem ratione annui prouentus & fructuum a magnis & paruis, iuxta solidum & librã. Quare etiam forenses collectari non possunt, nisi propter vniformem iurisdict. one eius qui imposuit. Id confirmant Recessus Comitiorum, qui plerumque vtuntur hisce verbis, Einer jeden Person von beweglichen / etc. vt in Recessũ de Anno 1500. statuitur, subditos in loco subiectionis de omnibus bonis collectari debere, vbicunq; etiã sitis. Eadem constitutio renouatur & confirmatur in Recessu Spirens. de Anno 42. §. damit auch solche Ordenung. Idem confirmatur in Recessu Spirens. de An. &c. 44. §. damit aber solche Ordenung. Tertio confirmatur hoc ipsum in Recessũ Augustano Anno &c. 51. §. Solchen der Stände / etc. vers. das derowegen. Repetuntur quoq; eadem verba, paucis exceptis, in hoc Recessu Ratisponens. §. So soll es derowegen / intelligit ibi verba, wie herkommen / iuxta constitutiones Imperii antiquiores. *l. fin. C. de const. Pr.* Verba vero vnd recht / iuxta ll. Con-

Concludit ergo, non licuisse Episcopo, forensibus, multo minus personis Cameræ collectas imponere, sed quia & factum & ius notorium, scilicet, actores Cameræ subiectos, qui nunquam collectas soluerunt, apparet, quod iuxta ius & constitutiones ab Episcopo nullæ collectæ exigi 14 debuerint, & in facto † notorio non requiritur solemnis forma iuris, seu ordinarius processus. *c. ad nostram. de iureiur.* sed executiue procedi potest, sine iudicis sententia. *Innoc. in c. ex parte, de V. S.* cum 15 † notorium vim habeat sententiæ. *l. emtorem de act. emt. c. fin. de cohab. Cleric.* Præcipue cum factum notorium expressam contineat iniustitiam. Verum propter vtilitatem publicam, quæ in primo mandato vertitur, scilicet ad tollendam disceptationem principam. 2. Vt tanto citius pareatur publico decreto. 3. Vt obuiam veniri possit periculo imminenti ex irruptione Turcæ, quæ caussæ omnes vbique in Recessibus expressæ sunt, & procul dubio aliàs tam grauis pœna, scilicet banni, nunquam nisi ob easdem fuisset adiecta, valde dubitat, an iuxta iura & ordinationem hoc mandatum defendi possit.

Quo ad secundum mandatum, censet illud iure contra Episcopum decretum, neque enim cultura † agrorum cuiquam est 16 prohibenda, *l. 1. Cod. de collat. fund. pat.* Et ob id Constant. sanciuit, nunquam à tonsionibus vel colligendis frugibus resistantes agricolas ad onera extraordinaria trahendos esse, *leg. 1. Cod. de agr. & cens. Lib. 11.* Frugum vero appellatione vuæ veniunt. *l. frugum, de V. S.* Vnde certe nec cultura vineæ interdici debuit, *arg. leg. vltim. & pen. Cod. quæ res pign. obl.* Maxime si quicquam iuris habuerit collectandi, id ex frugibus percipere potuerit, *l. Imper. de publ. Br. in l. 1. Cod. in quib. ca. pig. tac.* Quia autem Ordinario remedio vti potest, &c.

Nec refert, modicum in hoc actorum etiam præiudicium, quia verendum, ne frequentius quid tale contingat, & ob id in vniuersum a lege interdictum est. Vnde tandem propter facti notorietatem, eiusdemque qualitatem mandatum recte decerni potuisse, & Episcopum huic parere debuisse, & adhuc parere debere cocludit.

Sed quod ad primum mandatum, quia principaliter eius cognitio ad nos non pertinet, & magnum, si in illa pronuntiaremus fieret præiudicium, non putat illud sustineri posse, cum propter expressam Recessui Spirens. de Anno &c. 42 in § damit/ adiectam limitationem, vbi dicitur, doch sollen der Bauren Güter / den Obrigkeiten/ die sie zubelagen / von alters hero in geruhigen Gebrauch hergebracht / in dieser Anlag zubelegen vnbenommen / sondern vorbehalten sein/ vnd sonst allen Hohen vnd Niedern Obrigkeiten / Geistlichen vnd Weltlichen/ daß alles an jhren Rechten vnschädlich vnd vnuergreifflich sein/ vbi et à quibus præcedocet, se habere possessionem iuris collectandi ea bona: itemque priuilegiũ, † cui principali et sine caussæ cognitione derogari nõ potest.

Votum D. Petri. Quoad primum mandatum, scilicet de arresto relaxando, putat id bene decretum, posterius vero, quo præcipitur, vt collectas imponat Episcopus non putat sustineri posse. Concludit igitur cũ Dn. Referente, oder daß mans einstelle/ vsque ad discussionẽ caussæ principalis, &c.

Votum D. Held. Quæritur, an mandatum sine clausula sit recte decretum, ita vt Rei ob non paritionem in pœnas eiusdem sint declarandi, vel, an tanquam contra ius & ord. Cam. impetratum sit cassandum.

Et in thesi præsuppono, quod regulariter † a mandatis sine præceptis non sit inchoandum. In hypothesi autem apparet in mandato nostro duo præcipi 1. Vt Reus arrestũ vineæ impositum relaxet. 2. Ne in posterum collectas ratione illorum bonorũ petat, nec actores molestet.

Quod ad primum attinet, puto mandatum recte decretum, attento, quod periculum fuerit, ne vineæ inculræ manerent, & fructus maturi perirent, & sic nos esse in terminis ord. *par. 2. tit. 23.* Et quia tale † præceptum de relax. arresto, iuri communi contrarium, fieri potuisset parte præsente & inuita, igitur hoc casu absente illa fieri potuit. *leg. 3. §. illud. de fideicommiss. libert leg. quispo. est inuitus, de R. I. Jas. in leg. nec quicquam, num 6. in leg. 2. lim. de offic. procons.* Relaxato enim arresti modicũ præiudiciũ Episcop. attulisset, cum semper ius petendi collectas (si quod habuisset) sibi saluũ mãsisset. Quod vero ad secundam partem mandati attinet, ne scilicet in posterum Episcopus collectas exigat, illud ipso iure nullum esse censeo, siquidem non citata parte, & sine caussæ cognitione factum, adeo vt hoc præceptum, † ne quidem pro nuda citatione sit habendum, *per not. Innoc. in c. tuanos. n. 8. de cohab. cler.* Et licet non comparuisset Reus, tamen non incidisset in pœnã *Jas. in d. l. nec quicquã, nu. 6. Alexan. in d. l. de pupillo § manum. n. 4. de non op nunt.* Et sero nunc quæritur, an Episcopo competat ius collectandi nec ne. Nã illa cognitio debuisset mandatum præcedere, non sequi. Dato enim Episcopo nõ licuisse collectas imponere Reis, tamen sine caussæ cognitione & parte non citata, nõ potuisset Iudex desuper pronuntiare.

Porro quid sit pronuntiandum, vehementer ambigo, siquidem ex supra dd. cōstat, mandatum pro parte bene, pro parte male esse decretum. Quia tamen partes instant, nec arbitror contra stylum Camerae esse, 41 mandatum † pro parte cassari, pro parte confirmari: cumque (id quod potiss. hic attendo) constet arrestum iam etiam relaxatum, nec vlterius hoc petatur, puto mandatum esse cassandum, compensatis expensis, tum quia iudex in culpa fuit, tum quia mandatum pro parte bene fuerit decretum. Et denique quia actores sunt vidua & pupillus, & sic miserabiles personae.

Non obstat, quod mandatum pro parte bene sit impetratum, & sic vtile † per inutile non debeat vitiari. Nam haec regula locum non habet in decreto iudicis, quod est indiuiduum, & non potest pro parte verū, pro parte falsum esse, *l. 1. §. has verba, ne vis fiat ei, &c. not. Bl. in l. certi condict. §. quoniam, num. 3. si cert. pet.* Si tamen domini putarent, expresse pronuntiandum, tunc ratione arresti paritionē adhuc iniungerem reliqua vero contenta mandati cassarem.

Nec mouet, me quod arrestum iam sit relaxatum, quia id vigore mandati non est factum, & metus sit ne in posterum iterum arrestū imponatur. Et sic Episcopus, a quo mandatum decretum est, non quae postea secuta sunt, considerari debet, *arg. l. si minor, de seru. export. not. Br. in l. 1. num. 4. C. aduersus rem iud. &c.*

Sententia.

In Sachen / etc. Ist erkant / daß gedachten Beklagten den Klägern das geklagte Verbotte des Baws der drey Morgen Weinackers / Beklagter masse zuthun / nicht gezimpt noch gebürt habe. Sondern dasselbig an allē Verzug auffzuheben / zuuernichtigen vnd abzuschaffen / vnd hierin Key. Mandat zu Parirn vn̄ zu gehorsamē schuldig. So viel aber das vbrige betrifft / daß solches aus fürbrachten Vrsachen zu cassiern vnd auffzuheben sey / als wir Compensatis expensis, &c.

DEC. III. VOTVM X.

In caussa Appellationis Attiliae Blum.

Contra.

Hilarium Dithmar & consortes.

1 *Appellatio formalis qua habeat.*

2 *Appellatio est fauorabilis, & in dubio pro ea praesumendum est.*

3 *Schedulam appellationis iudici ex interuallo exhibere licet, etiamsi scripta sit manu alicuius priuati.*

4 *Schedula appellationis praesentari potest etiam extraiudicialiter.*

5 *Scriptura quando porrigitur iudici, sufficit priuata. Quando vero parti appellatio insinuatur, requiritur authentica.*

6 *Fides habetur assertioni iudicum de actis coram se factis, & nu 7.*

8 *Actor vel appellans contra Reum vel appellatum ex ordin. Camera tres vias habet contra contumacem procedendi, post factum proclama, elapsis tribus audientiis.*

9 *Contumax iure communi etiam banniri potest.*

10 *Appellans, procedendo contra appellatum ad bannum, primam viam eligit.*

11 *Citatio insinuata vxori appellantis in domicilio suo, absente appellato, praesumitur venisse in notitiam appellati.*

12 *Insinuatio per Notarium & testes facta ad domum, reddit citatum contumacem, etiamsi in notitiam eius non venisset.*

13 *Exceptio contra diem dominicam valet.*

14 *Actus exsecutionis est solius nuntii.*

15 *Commissio de exsequendo est quaedam interlocutoria, ideoque die feriata facta non valet.*

16 *Contumacia semel punita iterum puniri non debet.*

17 *Poena*

17 *Pœna banni maior est omni pecuniaria.*
18 *Contumacia est delictum.*
19 *Bannitus ob contumaciam impune potest offendi.*
20 *Iudex quilibet cōtumacem mulctare potest, & pœnali iudicio suam iurisdictionem defendere.*
21 *Sententia iudicis debet esse certa.*
22 *Inhibitio frustratoria esse non debet.*

IN NOMINE Domini, Amen.

DVÆ hic sunt submissiones: Prima est, An appellatus ob contumaciam sit declarandus in pœnas banni. Secunda est, An Consiliarii BB. Ducis N. sint in pœnas inhibitionis declarandi.

Porro quod ad primam submissionem attinet, videamus 1. de formalibus appellationis. 2. De citationis executione & reproductione, ac toto processu de iure cōmuni & ordinatione requisito ad hoc, vt quis in pœnas banni propter contumaciam declarari possit.

Quod igitur ad primum attinet, quia 1 constat sententiam diffinitiuam † (a qua appellatum) latam 4. Decemb. Anno &c. 60. & ab hac appellatam esse 13. Decemb. Anno &c. eod. Notario comparente coram iudicibus a quibus, & exhibente schedulam appellationis, concludo intra decendium appellatum esse, cum præsumendum sit, quia non odio appellatum est, quod ante horam elapsi decendii sit appellatum, *per notab. decis. Rot. 39, incip. si possessor beneficii, de appell. in nouis, sequitur, Phil. Francus in c. 1. nu. 11. & in c. bona memoria num. 20. de appell.* Ratio est, quia ap-2 pellatio † est fauorabilis, & in dubio pro ea præsumendum, *per alleg. à Phil. Franc. in rubr. de appell. nu. 19.* Quo casu Iudex pronuntiare debet, appellationem non esse desertam: *Mar. par 6. act. 2. num. 397.*

Deinde etiam nihil obstat, quod iudici 3 ex interuallo schedula † appellationis est exhibita, quia hoc licet etiamsi scripta esset manu alicuius priuati, *ita Phil. Franc. in c. vt debitus, nu. 12. & 13. de appel.* Et potest 4 præsentari † appellationis schedula, etiam extraiudicialiter, *Mys. cent. 2. obs. 12.* Et dicit Franc. *in appellation. de appell. in 6.* quod 5 quando porrigitur scriptura † iudici, quod sufficiat priuata. Quando vero parte appellatio insinuatur, quod cum requiratur authentica. Idem tradunt *Anch. in Clem. caussam n. 8. & ibi Io. de imola nu. 8. & Cardin. nu. 4. de elect.*

Nec moueor quod schedula illa non sit inserta actis, satis enim esse puto, quod iudices asserant, in actis id factum esse. Eorū enim assertioni † de actis coram se factis 6 creditur, *iuxt. gl. in l. ne in arbitris, in verb. sermones, & ibi Br. & Bl. & alii. C. de arbitr. & latius deduxi in voto meo in caussa quadam.* Facit quod his actis † iudicum plena 7 fides sit adhibenda, *secundum Fel. in c. 1. n. 1. de prob.*

Postremo accedit, quod iudices detulerunt appellationi, quod sane alias non fecissent, si non fuisset rite & debito modo appellatū, siquidem in tota caussa fere se suspectos præstiterunt. Ex supra dd. omnibus concludo, appellationem debito modo esse interpositam.

Veniamus nunc ad secundum membrū. Et primo suppono in iure, actorem † vel 8 appellantem contra Reum vel appellatum ex ord. Cam. tres vias habere contra contumacem procedendi post factum proclama elapsis trib. audientiis, *iuxt. tit. ord. p. 3. tit. 43. & 45.* Secundo etiam præsuppono † iure communi contumacem etiam ban-9 niri posse, *per gl. in l. 1. in pr. verb. extra ordinem de adm. tut. Ias. in l. vn. in pr. n. 25. si quis ius dic.* Tertio in facto † præsuppono, 10 appellantem hic primā viam elegisse, procedendo contra appellatum ad bannum.

Nunc ad propositum, constat citationem extractam 29. Iun. Anno &c. 61. eāq; 4. April. Anno &c. eodem insinuatam vxori appellantis in domicilio suo absente appellato per Notarium in Cam. Immatriculatum, *iuxta. §.* zum siebenden / *in ord. p. 1. tit. 38.* quæ Citatio † præsumitur venisse 11 in notitiam citati, *per gl. in l. si tutor. verb. ostendere & ibi Br. C. de peric. tut. Mys. cent. 2. obs. 69.* Siquidē citatio facta ad domum, non minus accusauit citatum, quam si personaliter facta esset, per ea quæ ad longum tradita sunt in voto meo, in caussa S. Stephani Stiffts / contra Bernburg / Anno &c. 60. Imo quia hic per Notarium † & 12 testes facta est insinuatio ad domum, reddit citatum contumacem, etiamsi in notitiam eius non venisset. *Spec. in tit. de cit. §. sequitur numero 16. sequitur Bl. in leg. 2. num. 5. Cod. de Annal. except.*

Accedit quod hic appellans declarauit se vere contumacem, dum nuntio exsequenti dixit: Er solte die Brieff dem vberantwortten / dem sie zugehören / er sitze hinder MN. Ex quibus verbis cum appareat, illum nolle venire, pro contumace est habendus *per notat. Zas. in l. contumacia, num. 173. de re iud.* Ex quibus concludo citationem rite executam.

Terminus porro comparendi in citatione fuit 33. dies post factam executionem, Reproducta oretenus 14. Apr. Anno, &c. eod. Realiter vero 7. Maii, & sic in ipso termino factum proclama contra appellatum 14. Maii, Anno, &c. eod. Deinde 4. Iunii, decernitur Citatio & arctior inhibitio, contra appellatum auff die Acht.

Terminus comparitionis 33. post factam insinuationem, insinuata per Adolphum Meyer, Cam. nuntium iuratum 27. Iulii, Anno &c. 61. quæ fuit dies Dominica. Quare cum appellatus exceperit esse 13 † Dominicam diem, videndum an talis exceptio valeat? Et dicend. est quod sic *per not. Br. in tr. de citatione. nu. 9. Jas. in l. 1. §. nuntiatio, de nou. op. nunt. Castr. in l. fin C. de feriis.* Facit quod ratio DD. concludentium citationis executionem diebus feriatis fieri non posse, hoc casu cesset, quæ est, quod caussæ cognitionem requirat, quia nuntii a Cam. semel deputati, ad exequendos processus possunt officio suo fungi, sine vlla caussæ cognitione iudicis. Executionis 14 enim † actus est solius nuntii. *leg. sed si interpelletur. § 1. arb. furt. cas. fac. text. in l. miles. § sexaginta, ad l. Iul. de adult. Soc. in tr. de citatione: art. 9. num. 8.* Item cessat hic ratio 15 alia DD. videlicet quod commissio † de exsequendo sit quædam interlocutoria, ideoque die feriata facta, non valere eam, *vt not. Alex. in d. §. nuntiatio, nu. 26. & Abb. in c. fin. nu. 20. de fer.* quia, vt modo d. nulla commissione hic est opus, cessante igitur caussa, cessat eius effectus.

Accedit quod domini 3. Sept. Anno. &c. 61. decernendo proclama executionem habuerunt, pro valida.

Ex quibus omnibus concludo, rite ad bannum processum & appellatum in pœnas banni declarandum.

Ceterum cum contra appellatum emanata sit inhibitio simplex, & arctior cum annexa citatione ad videndum, quæritur, An etiã in pœnas inhibitionis possit condẽnari? Et breuiter omissis iis, quæ disputandi caussa in contrarium adferri possent, concludo quod non possit: Hic enim vnum est delictum specie & modo. *Spec. in tit. de contum. §. vlt. nu. 5. & seq. & ibi Bl. verf. an sa-* 16 *pius monitus.* Et contumacia † semel punita, iterum puniri non debet, *l. senatus, de accus. Br. in l. si finita. §. si quis metu, nu. 1. de damn.* 17 *infect.* Et cum hic pœna capitalis † sit, scilicet banni (quæ est maior omni pecuniaria. *l. in seruorum. §. in personis, & ibi Br. n. 1. de pœn. fac. l. fi. C. de ord. cogn. l. per minorem, de iud.*) absumit certe pecuniariam. Et ita iudicatũ fuisse cõperio in caussa der Stad Schönaw cõtra Veldkirch / fractæ pacis, in qua citatio ad videndũ. &c. & mandatũ de restituendo emanatum fuit, sub pœna pecuniaria. In vtraq; autem lis contestata, & in contumaciam processum, ac probatum etiam, quoad punctũ mandati bona articulata fuisse ablata, sed tantũ in puncto citationis fuit declaratio bãni facti & in pũcto mandati nihil pronuntiatum. Sententia lata est 19. Febr. Anno, &c. 52.

Restat vt nunc videamus, An consiliarii BB. Ducis N. possint declarari in pœnas emanatæ inhibitionis. Et præmitto cõtumaciam † esse delictum. *l. omne. §. contumatia, de* 18 *re milit. Zas. in l. contumacia. nu. 5. de re iud.* Vnde receptum est, etiam Bannitum † ob 19 contumaciam impune posse offendi. *Ias. in l. vn. §. fin. n. 39. si quis ius dic. Castr. in d. l. cõtumaciã, in pr.* Secundo præsuppono quẽlibet iudicem † contumacem mulctare pos- 20 se, & pœnali iudicio suam iurisdictionem defendere. *l. 2. & ibi DD præsertim Ias. si quis in ius. voc.* Iudex enim contemnentem suũ mandatum vel inhibitionem potest punire. *Guid. Pap. decij. 359.* Cum ergo inhibitio & citatio ad videndum sit emanata, cõtra Consiliarios Ducis BB. nullius eorum propriis nominibus vel cognominibus expressis in processibus, videtur, quod non possit sequi aduersus illos declaratio pœnæ. Iudicis enim sentẽtia † debet esse cer- 21 ta. *§. curare. Inst. de act.* Sed quia constat, duobus processibus insinuatos esse videlicet Heinrich von Rosenbusch / & Wilhelm Oberstehn / concludo illos duos in pœnas inhibitionis declarãdos, ne videamur priores dominos, qui proclama in genere decreuerũt, iudicare & in hibitio † sit frustratoria. 22

Non moror, quod in genere inhibitio & citatio sint emanata contra die heimgelassene Rähte / Imputet enim sibi appellans, quod eorum nomina non expresserit *fac. gl. in l. cũ quem, & ibi Boloni. in addit. de iud. Lud. Rom. ibid.* Cum ergo de reliquorum nomine & corpore non cõstet, non possunt mulctari *per not. Ang. in d. l. cum quem. n. 3.*

Accedit quod Ordinatione sit cautum, nuntios cum inhibitiones, compulsoriales & alios processus alicui iudicio insinuant, in executionibus nomina & cognomina eorum debere exprimere. *Ord. Cam. tit. 38 §.* vnd so der Bott *p. 1.*

Ex quibus omnib. concludo appellatum propter contumaciam in pœnas banni declarandum, & consiliarios quib. processus insinuati sunt, scilicet Heinrich von Rosenbusch / vnd Wilhelm Oberstehn / in pœnas inhibitionis, scilic. 10. Marcarum auri condemnandos, cum expensis, & vlteriores processus contra eos decernendos, &c.

INDEX

INDEX IN SYNTAGMA TRIPLEX DECISIONVM CAMERÆ IMPERIALIS.

Prior numerus paginam, Posterior numerum marginalem: asteriscus tertium syntagma denotat.

B.

Cleri-

Con-

Dibi-

Bb

E.

Factum

F.

INDEX.

I.

Here-

I.

Inim-

M.

Mala

N.

INDEX.

Priui-

Q.

Scriptu-

Subst.

INDEX.

S.

Scriptu-

INDEX.

Subst-

INDEX.

INDEX.

Vxor

FINIS.